

LIS INFITIANDO CRESCIT IN DUPLUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1933, à 14 h. 30

PAR

Jules PAOLI

Président : M. GIFFARD, professeur.

Suffragants { *MM. NOAILLES, professeur.*
LEVY-BRUHL, professeur.

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1933

Universiteit Leiden



2 369 041 0

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.***

LIS INFITIANDO CRESCIT IN DUPLUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1933, à 14 h. 30

PAR

Jules PAOLI

Président : M. GIFFARD, professeur.

Suffragants { *MM. NOAILLES, professeur.*
LEVY-BRUHL, professeur.

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1933

* 33596



INTRODUCTION



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547118_0014

INTRODUCTION

Section I. — Le sujet. Ses grandes divisions. Comment il sera conçu.

Les interprètes anciens¹ du Droit romain comprenaient, dans le système général des sanctions auxquelles s'exposait, à Rome, le plaideur téméraire, une peine du double, qui, dans certains cas, atteignait le défendeur coupable d'avoir nié à tort la demande de son adversaire.

Les sources rapportent qu'en pareille circonstance, l'action croissait au double à raison de la négation. *Lis infitiatione crescit (in duplum*²). Elles précisent, pour l'*actio legis Aquiliae* :

D. 9.2.23.10 (Ulp. l. 18 ad ed.) : « Haec actio aduer-
« sus confitentem competit in simplum, aduersus
« negantem in duplum. »

Ce curieux phénomène juridique était la conséquence d'une opposition caractérisée aux prétentions du demandeur : l'*infiliatio*.

La racine *fat* que l'on retrouve dans *faleor* et dans le grec φατός, et φάρις, marque l'action de parler. Le verbe *faleri* est un verbe d'état qui en dérive et la voix déponente s'explique par le sens du verbe « avouer », l'*aveu intéressant*

1. Cf. Gai. 4.171 ; *Inst. Just.* 4.16 de poena tem. litig. I. Conformément à ces textes, les auteurs ont coutume de ranger la peine de l'*infiliatio* parmi les peines du plaideur téméraire.

2. Cf. D. 12. 2. de iureiurando 30. pr. Voy. sur l'interpolation dont la preuve, le sens et la portée sont négligeables à nos yeux, puisque l'adage exprime une très ancienne réalité juridique, ci-dessous, p. 17, n. 1. D. 50.3 de hered. pet. 20.4 (Ulp. l. 15 ad ed.) : D. 46.3. de solut. 7. (Ulp., 1.43 ad Sab). On rencontre dans les sources d'autres expressions équivalentes, telles que *actio per infitiationem crescit* ou *causa infitiatione duplatur* ou *infittiatione crescit*. Cf. D. 5.3.20.4. Interpol. pour Betti, *op. cit.* ci-dessous, p. 17, n. 1, p. 1478 V. Rudorff, Ueber die Litiscrescenz, *Z. f. G. R. W. S.* 14, p. 288.

personnellement son auteur¹. Ce verbe a généralement le sens péjoratif : on avoue sa faute, son erreur.

Infiteri, où nous retrouvons la même racine, est le verbe anciennement usité pour *infiliari*, d'où a été tiré le substantif défectif *infiliae*² dont l'accusatif seul s'est conservé dans l'expression *infiliās ire*. Cette très vieille expression a, à son tour, donné naissance au dénominatif *infitiari*³. Le substantif *infitiatio* provient de la contraction de *infiliae* et de *ire*⁴.

Mais quelle est ici la valeur du préfixe *in* ?

Les travaux les plus récents font ressortir que *infiliae* est un composé archaïque avec préfixe négatif⁵. *Infiliae*, employé seulement dans *infiliās ire* ou *ire infiliās* est « ce que l'on conteste », l'*infitiatio* est une pure négation⁶, celle toutefois qui a pour but de « repousser » la demande :

1. Ernout et Meillet, *Dict. etym.*, p. 320.

2. Rudorff, *op. cit.*, p. 468-469, n. 254; Huschke, *Z. f. G. R. W. S.* 13, p. 261, n. 17. D'une part, pour Huschke, *infiliae* serait né de la même manière que *uindiciae* ou *ruptiae*. D'autre part, cet auteur pensait qu'*infiliās* pouvait être un génitif archaïque. *In infiliās (causa) ire* est traduit par lui par *läugnen gehn*. Nous repoussons cette restitution que rien n'autorise. Personne aujourd'hui ne songe plus à un génitif archaïque dans cette expression qui n'est jamais donnée sous la forme *in infiliās ire*. Cf. par ex., Plaut., *Men.* 396 : « qui lubet... ire infitias mihi facta quae sunt ? » « Omnia infitias ire, quae dudum confessa est » (cité par Bréal et Bailly, *Dict. etym.*, p. 133. Ernout et Meillet, Bréal et Bailly voient dans *infitiās (ire)*, un accusatif, avec toutefois une variante.

3. Ern. et Meil., *l. c.*

4. Bréal et Bailly, p. 33. Voy. les exemples analogues dans la formation de *com-i-tium*, *in-i-tium*, etc...

5. Ernout et Meillet, *l. c.*

6. Cf. Georges, *Lat. — deuts. Wörterb. sub h. u.* — : ... das In-Abredes-tellen, nur in der Verbindung » *infitiās ire*..., « etw. in Abrede stellen, ableugnen, von etw. nicht wissen wollen. » Voy. Brissonius, *s. u. infitiari* « est interdum simpliciter negare, inter fideiussores diuiditur actio, si non inficiantur, id est, si non negant : l. 10, § 1, D. 46.1 ; Ita demum inter fideiussores diuiditur actio, si non infitiantur : nam infitiantibus auxilium diuisionis non est indulgendum. » D. II.3 *de seruo corrupto*, 5, § 2 : « Haec actio etiam aduersus fatentem in duplum est, quamuis Aquilia infitiantem dumtaxat coerceat. » C. 3.35.4. Voy. en outre, Liv. VI. 40, 4 : « neque nego neque infitias eo », Cic. *Part. Orat.*, 28, 102 ; Quintilien, *Inst. orat.*, VII, 3, 9, etc. ; Isidor., *Orig.*, lib. V, cap. 26. Pour Voigt, *Geschichte und allgemeine iuristische Lehrbegriffe der XII Tafeln*, 1883, p. 524, l'*infitiatio* est la négation de l'affirmation fondamentale du demandeur, exprimée, dans la *uindicatio*, sous la forme d'une *uindicatio* contraire et portant sur *aiō*, dans les actions personnelles conçue sous la forme *nego*. Varr. L. L. V. 36, 180 ; Bruns, 2, p. 54 : « Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus... » La rhétorique

elle est une *depulsio actionis*¹.

Quel doit être l'objet de cette négation. Le puriste qu'est Cicéron nous l'enseigne :

Top. 24 : « Sed definitae quaestiones a suis quaeque
« locis quasi propriis instruuntur quae in accusatio-
« nem defensionemque partitae; in quibus exsis-
« tunt haec genera, ut accusator personam arguat
« facti, defensor aliquid opponat de tribus: aut non
« esse factum, aut si sit factum, aliud eius facti no-
« men esse, aut iure esse factum. Itaque aut *infilia-*
« *lis* aut coniecturalis prima appelletur, definitiua
« altera, tertia, quamuis molestum nomen hoc sit,
« iuridicialis uocetur. »

Le genre *infitial* est donc caractérisé par la négation du fait. Il a pour résultat de rendre la cause incertaine ou conjecturale². C'est là une idée essentielle.

En ce sens, on a déjà écrit³ que la notion de l'*infitiatio* était opposée, chez Cicéron, à celle de la *defensio* où les

de la fin de la République, désigne l'affirmation contradictoire du nom de *defensio*, *negatio*, *infitiatio*, ἀποφασις. *Infitari* est le contraire de *confiteri* et comprend la négation comme l'affirmation contraire. Ainsi, il s'exprime par *ait*, tout comme par *nego*, et c'est dans cette acception plus étendue du verbe qu'il faut voir la différence qui le sépare de *negare*.

1. Cic. Top. 25 93.

2. Les rhéteurs ont longuement disserté sur cette question abstraite, Quintilien surtout. Il définit le *status causae*, c'est-à-dire le point qui doit fixer particulièrement l'attention de l'orateur et du juge, reproduit l'opinion de Cicéron qu'il oppose à celle de Cornelius Celsus. Pour celui-ci, l'état de la cause est déterminé par une affirmation positive, le plus souvent par la demande. Cf. *Inst. Orat.* 3.6.31 : « ut, si hominem occisum reus negat, status ab accusatore nascatur, quia is uelit probare; si iure occisum reus dicit, translate probationis necessitate idem a reo fiat ». Dans les causes conjecturales, l'apparence est favorable à l'avis exprimé par Celsus. Pour les autres, puisqu'aucun procès ne s'engage si le défendeur ne répond pas, l'état de la cause serait déterminé par sa réponse. Ainsi, la cause est dite *infitial* ou conjecturale, suivant que l'on se place du côté du défendeur ou de celui du demandeur pour rechercher son état : « utitur enim coniectura magis qui agit; quo moti quidam, eundem a reo infitalem esse dixerunt ». Voy. aussi : « Infitialis (status) est, quem nos dicimus coniecturalem cui ab infitiando nomen alii in totum dederunt, alii in partem, quia accusatorem coniectura, reum infitiatione uti putauerunt ». La controverse rapportée nous enseigne que, pour les uns, l'état *infitial* tire son nom de la seule *infitiatio* du défendeur, alors que pour les autres il ne faut pas perdre de vue la conjecture du demandeur.

3. Rudorff, *op. cit.*, p. 470.

Romains faisaient entrer toute exception, qu'elle servît à combattre le résultat de l'aveu — et c'était là une exception véritable — ou qu'elle fût destinée à faire ressortir l'extinction du droit affirmé et reconnu dans le passé :

Cic. in Verr.2.4.47 «... earum autem rerum nullam
« sibi iste neque *infitiandi rationem* neque defendendi
« facultatem reliquit... »

En réalité, cette opposition est sans signification juridique. Nous verrons plus loin que l'exception péremptoire constitue une véritable *infitiatio*¹. Le concept de celle-ci a été certainement élargi. D'abord simple négation d'un fait, l'*infitiatio* est devenue un refus d'acquiescer pour une raison quelconque à la demande de l'adversaire.

C'est dans ce sens large que nous la trouvons à l'époque de Gaius. Elle déborde l'institution que nous nous proposons d'étudier. D'autre part l'expression *infiltias irei* n'est certainement pas employée seulement dans les hypothèses où *lis crescit in duplum* :

Gaius 4.172 : « Quod si neque sponsionis neque dupli
« actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur
« ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpl
« sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere
« *non calumniae causa infiltias ire*². »

La caractéristique de l'action à laquelle le jurisconsulte fait allusion en deuxième lieu n'est donc pas la notion de l'*infitiatio* — que nous trouvons dans l'adage *lis infiltiando...* — mais le *periculum dupli*, conséquence exceptionnelle de l'*infitiatio*. La *duplatio actionis* est un phénomène digne de retenir l'attention. Elle est traduite par le verbe *crescere*. D'où le mot composé de *litis* et *crescence*, inspiré aux auteurs allemands et italiens — nous dirons, en fran-

1. Cf. D. 44.1. *de except.*, 2, § 4, cf. ci-dessous, notre chap. sur l'*a. iudicati*.

2. Cf. D. 10.2. *fam. ercis.* 44.4 : « Qui familiae erciscundae et communi diuidundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infiltias ire. » (Paul. l. 6, *ad Sab.*)

çais, de litiscroissance — par une telle particularité¹.

Gaius traite de cette action dans les paragraphes 9 et 171 de son quatrième commentaire :

« Rem uero et poenam persequimur uelut ex his
 « causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum
 « agimus; quod accidit per actionem iudicati, de-
 « pensi, damni iniuriæ *legis Aquiliae*, aut legatorum
 « nomine, quæ per damnationem certa relicta sunt².

Ce texte concerne la distinction faite par Gaius, de trois catégories d'actions : celles par lesquelles on poursuivait la *res* seule ou la *poena* ou enfin la *res* et la *poena* à la fois. Il exprime cette troisième éventualité³.

1. Ce mot paraît avoir été créé par les pandectistes allemands. Sell, dans ses *Jahrbücher* l'emploie fréquemment. Cf. 2, pp. 238, 242, 245. Par contre, il paraît inconnu des écrivains du xvii^e et du xviii^e siècles, dont les œuvres ont toutes été écrites en latin : Schubart, *Disp. de inficiatione poenali*, Lips., 1655; Chr. Falckner, *Disp. de inficiatione eiusque poena in ciuilibus*, Jen., 1677; J. C. Fitchner, *Exercit. de mendacior. poenis*, Altdorf, 1721; J.-M. Teutscher, *Diss. de inficiatione*, Erford, 1724; G.-H. Mylius, *Diss. de poena inficiationis*, Lips., 1725; J. Fr. Wernher, *Diss. 1 et 2, de poenis inficiationum*, Viteimb., 1726; H.-M. Herensbach, *De inficiatione eiusque poena*, Erf., 1734, I. Les écrivains allemands du xix^e siècle n'ont fait aucun cas de ces œuvres. Voy. l'opinion à ce sujet, de Sell, *Jahrb.*, 2, p. 3, n. 2. Ni Huschke ni Rudorff ne font la moindre allusion à elles. Par contre, Rudorff n'a pas hésité à employer l'expression de *litiscroissance* dans le titre même de son étude. Le mot a d'ailleurs fait fortune partout. En Italie, Rotondi donne à l'une de ses dissertations le titre de *Litiscrescenza elex Aquilia*. Cf. *Scritti giuridici*, 2, p. 413. En France, il n'est pas rare de le rencontrer sous la plume de certains auteurs.

2. Les mots ou les lettres en italiques dans les deux textes de Gaius ci-dessus reproduits sont ceux qui n'ont pas pu être lus. Mais il est vain de discuter les restitutions et les lectures de M. Kübler. Aussi bien dispensent-elles de s'arrêter aux reconstitutions arbitraires et souvent fantaisistes du passé, dont on pourra trouver le détail dans Pellat, *Inst. trad. et comm.*, p. 338, n. 3 et dont l'exemple le plus typique, postérieur à l'ouvrage de Pellat, nous est fourni par la dissertation de Huschke, *op. cit.*, pp. 256 à 266. Cf. réfutation dans Rudorff, *op. cit.*, pp. 406 et ss. La leçon de l'édition Kübler confirme l'exactitude de la restitution de Heffter et Klenze (voy. Huschke, p. 258).

3. Cf. Gai. IV, 6 : « Agimus interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. 7) Rem tantum persequimur uelut actionibus, quibus ex contractu agimus. 8) Poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum; nam et ipsius rei et uindicatio et conditio nobis competit. »

Gaius 4.171 : «...¹ pecuniaria poena modo iuiurisiu-
 « randi religione coercen...². eaque praetor... ideo...
 « aduersus *infiliantes ex quibusdam* causis dupli actio
 « constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni
 « iniuriae aut legatorum per damnationem relicto-
 « rum nomine agitur. »

Ce passage est en tête des fragments qui nous ont été conservés sur les peines du plaideur téméraire dans l'œuvre du jurisconsulte.

Il semble, à la lecture du premier de ces textes, que l'action *aduersus infiliantem in duplum* était réipersécutoire dans la mesure où elle faisait obtenir la *res* et pénale dans celle où elle procurait la *poena*.

Une telle action est qualifiée *actio mixta* dans les *Institutes* de Justinien :

4.6. de act. 16 : « Sequens illa diuisio est, quod
 « quaedam actiones rei persecuendae gratia compa-
 « ratae sunt, quaedam poenae persecuendae, quae-
 « dam mixtae sunt. »

où reparait la division tripartite des actions.

L'explication de ce qu'il faut entendre par l'expression technique *actio mixta* nous est donnée par le paragraphe 19 :

Inst. 4.6.19 : « Ui autem bonorum raptorum actio
 « mixta est, quia in quadruplo rei persecutio contine-
 « tur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae
 « actio de damno mixta est, non solum si aduersus
 « infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si
 « in simplum quisque agit. ueluti si quis hominem
 « claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno inte-
 « ger et magni pretii fuerit tanti enim damnatur,
 « quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum
 « iam traditam diuisionem. item mixta est actio
 « contra eos, qui relicta sacrosanctis ecclesiis uel

1. Cf. restitution de Krueger et Studemund, en s'inspirant d'*I.* 4.16, pr. : « *Temeritas iam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur.* »

2. Cf. de même : « *Religione modo metu infamiae coercetur*, où le verbe *coercere* est déplacé.

« aliis uenlerabilibus locis legati uel fideicommissi
 « nomine date distulerint usque adeo, ut etiam in
 « iudicium uocarentur : tunc etenim et ipsam rem
 « uel pecuniam quae relictæ est dare compelluntur
 « et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius
 « fit condemnatio¹. »

De la comparaison des textes de Gaïus et de Justinien ressort, pour la critique moderne, la question de l'action mixte dans le droit classique. Non seulement Gaïus paraît ignorer l'expression *actio mixta*, mais encore il ne donne l'action au double, c'est-à-dire portant à la fois sur la *res* et la *poena*, que contre l'infidélité. Au contraire, Justinien expose que l'*a. leg. Aq.* est mixte indépendamment de toute *infidélité* et la phrase de ses commissaires :

« ueluti si quis hominem claudum aut luscum... »
 est visiblement à rattacher aux développements de :

« I.4.3. *de lege Aquilia* 9 : « His autem uerbis le-
 « gis : quanti id in eo anno plurimi fuerit, illa senten-
 « tia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie
 « claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in
 « eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti tenea-
 « tur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plu-
 « rimi fuerit. qua ratione creditum est poenalem esse
 « huius legis actionem, quia non solum tanti quisque
 « obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando
 « longe pluris : ideoque constat in heredem eam actio-
 « nem non transire, quae transitura fuisset, si ultra
 « damnum numquam lis aestimaretur. »

On a pu dire, sur la foi de ces textes, que la notion de l'action mixte est, dans le droit de Justinien, purement arithmétique, la *res* équivalant au dédommagement de la victime, la *poena* étant tout ce qui lui est alloué outre cette indemnité.² Ainsi l'*a. leg. Aq.* au simple est mixte, parce qu'elle fait obtenir le *quantum plurimum in eo anno*, dont le

1. Comp. *Inst. Just.* 4.2 *ui bon. rapt. pr.* ; 4.6 *de act.* 23, 26. Voy. sur notre texte, de Francisci, *Azioni penali*, p. 69 et la note de Krüger aux *supplementa adnotationum*, Dig. 15^e éd., p. 958.

2. Cf. Siber, *Röm. Recht*, p. 225.

montant peut éventuellement dépasser l'évaluation actuelle du dommage.

Mais si cela est exact, dans quelle mesure Justinien a-t-il innové sur les deux points ci-dessus remarqués ? Faut-il dire que, non seulement le nom de l'action mixte, mais encore l'institution en elle-même de cette action sont des créations byzantines ? Comment, en ce cas, interpréter Gaius IV.9 ? Que faut-il entendre par la phrase *Rem uero et poenam persequimur...* ? Qu'est-ce que la *res* et qu'est-ce que la *poena*, dans ce texte certainement pur, que la critique moderne, en vertu de la théorie dominante, est réduite à écarter, en qualifiant d'inexact le renseignement qu'il nous fournit¹ ou en forçant ses termes dans la pensée de parvenir à une impossible conciliation de son contenu avec les conclusions qu'elle présente² ?

*
* *

Il ne suffit cependant pas de savoir que l'action croissait au double dans certaines hypothèses. Au phénomène de la *litis*croissance se rattachent deux conséquences juridiques non moins remarquables :

a) I. 3.27. de obl. qua. ex. contr. 7. : « ex quibus
« causis infitiano lis crescit, ex his causis non debitum
« solutum repeti non posse. »

La même règle est reproduite au :

C. 4.5. de cond. indeb., 4. Dioclét. et Max. : « Ea,
« quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante
« etiam indebita soluta repeti non posse certissimi
« iuris est... »

Et c'est enfin en pensant à elle qu'Ulpien (lib. 43 ad Sab) écrit au fr. 23 § 4. D. 12. 6. de cond. indeb. :

« Si qua lex ab initio dupli uel quadrupli statuit
« actionem, dicendum est solutum ex falsa causa eius
« repeti posse. »

Les textes opposent souvent en effet l'action au double

1. Ueber, *eod. loc.*

2. Cf. dans notre troisième partie, théorie d'Ernst Levy, sur les *a. mixtes*.

dès le début à l'action à *liliscroissance*¹. Il ne nous paraît pas douteux qu'Ulpien ait entendu marquer, dans cette phrase, un contraste juridique entre ces deux actions. Aussi bien la position de ce texte indique-t-elle qu'il faisait partie d'un commentaire sur notre règle, le jurisconsulte étudiant la question de savoir si, malgré l'interdiction de répéter ce qui a été payé *ex causa iudicali*, la répétition était au contraire possible dans l'hypothèse où une transaction était intervenue *post rem iudicatam*.

b) Paul. Sent. 1.19.2. : « Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest. »

Quelle était donc la portée, l'exacte application de ces deux règles ? Quelle en était la raison, l'utilité ? Quelles en furent l'origine et les destinées historiques ? Ce sera là l'un des objets de la présente étude.

* * *

La peine du double, les deux règles énoncées plus haut n'avaient, d'autre part, qu'un champ d'application limité. Le domaine de la *liliscroissance* ne s'étendait qu'à quelques actions, dont la liste même est matière à controverses. Quelles étaient donc les actions qui croissaient au double *aduersus infilientem* ?

Gaius (IV. 9.) cite quatre actions à *liliscroissance* :

l'a. iudicati,

l'a. depensi,

l'a. damni iniuriae legis Aquiliae,

l'a. legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

De cette première énumération, il convient de rapprocher la liste des Sent. de Paul (1.19.1) :

« Quemadmodum actiones per infitiationem duplicentur². » Quaedam actiones, si a reo infitientur,

1. Cf. Gai. 4.173 ; *Inst. Just.* 4.16 de p. tem. litig. 1.

2. On a depuis longtemps reconnu que, du début au livre 5, titre 10, les *Sententiae* avaient l'édit pour base. Fritz Schultz, dans ZS. 47, pp. 39 et s. a précisé l'ordre du système et rangé les fragments sous les titres et rubriques de l'édit. Notre texte (1.19.1-2) a été placé sous le titre *De fideiussore et sponsore* et la rubrique *ad legem Publiliam*. Cf. Lenel3, § 83-88, pp. 214-219.

« duplantur, uelut iudicati, depensi, legati per dam-
 « nationem relictī, damni iniuria legis Aquiliae,
 « item de modo agri, cum a uenditore emptor decep-
 « tus est. »

Faut-il donc ajouter aux actions citées par Gaïus, une cinquième : l'*actio de modo agri*?

Cette question en entraîne une autre : les auteurs du *xix^e* siècle qui, en Allemagne, ont étudié la *litiscroissance* pensaient tous que la reconnaissance du cinquième cas devait nécessairement conduire à celle de deux autres dont la parenté avec l'*a. de modo agri* est d'évidence : l'*a. aucloritalis* et l'*a. redhibitoria*¹. Cette opinion était-elle fondée ?

Cen'est pas tout encore : on a cru de bonne heure rencontrer un huitième cas de *litiscroissance* dans celui du dépôt nécessaire, sur la foi des *Institutes* de Justinien :

4.6 de act. 23 : « In duplum agimus ueluti furti nec
 « manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi
 « ex quibusdam casibus... »

4.6.26 : «... at illae, id est damni iniuriae ex lege
 « Aquilia et interdum depositi, infitiatione dupli-
 « cantur, in confitentem autem in simplex dantur... »

Enfin nous ne compterons pas comme un cas nouveau de *litiscroissance*, l'*a.* du legs ou du fideicommiss faits aux saintes Eglises et aux lieux vénérables, qui a pris la place de l'*a.* du legs *per damnationem* d'un *certum* dans le droit de Justinien. Mais la novelle 18,8, fait rentrer dans la *litiscroissance* l'hypothèse où le débiteur dénie l'écrit émanant de lui-même, produit par le créancier, ou tout en le reconnaissant, met en discussion la réception des espèces, et celle où le créancier ne reconnaît pas la quittance-présentée par le défendeur².

Dans l'ensemble, nous croyons donc pouvoir emprunter à

1. Cf. sur ce point Rudorff, *op. cit.*, p. 298.

2. Nous ne croyons pas davantage que Rudorff, p. 300, devoir accorder attention à l'opinion qu'il signale selon laquelle il conviendrait de trouver dans la *Novelle* 18,8, une extension générale de la peine de l'*infitiatio* à tous les procès. Cette conception sort du domaine juridique. Aussi bien avait-elle l'un de ses appuis dans un texte poétique (Prudence, *Psychomachia* : « Fidei fraus infitiatrix ! »

Rudorff¹ la liste suivante, donnant les différentes actions où la notion de la *litiscroissance* est à vérifier :

1. a. iudicati,
2. a. depensi,
3. a. damni iniuriae legis Aquiliae,
4. a. legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt,
5. a. de modo agri,
6. a. auctoritatis,
7. a. redhibitoria,
8. a. depositi (dans le cas du depositum necessarium),
9. a. donnée dans les hypothèses prévues par la nouvelle 18.8.

Chacune de ces actions doit faire l'objet d'une étude séparée, du point de vue de la *litiscroissance*. A propos de chacune d'elles, le fonctionnement de l'institution, l'évolution historique de celle-ci doit être retracée.

C'est sur la base de ce travail préparatoire qu'il convient d'établir la liste définitive des actions qui croissaient *vraiment* au double *aduersus infilianlem*.

*
* *

Mais faut-il croire à ce que Rudorff nomme « un principe de la *litiscroissance* » ?

Les juristes ont souvent besoin de ces constructions philosophiques. Ils projettent, dans le passé, l'ordre raisonnable de leur esprit. Telle n'est pas notre façon de voir. Les institutions naissent et meurent avec les besoins des sociétés. Elles sont, à l'égard de la vie, dans une dépendance plus ou moins stricte, mais qui ne cesse jamais, croyons-nous, de jouer. Il est bien téméraire, par suite, de simplifier cette réalité complexe. Les grandes synthèses, les larges vues d'ensemble ont leur rôle et leur valeur, mais elles ramènent, trop souvent, la diversité à l'unité, le complexe au simple. Dans la critique des théories qu'a

1. *Op. cit.*, p. 300.

fait surgir la *litiscroissance*, nous noterons, souvent, cette déformation. Ces erreurs antérieures nous ont dicté une méthode que l'on pourra trouver trop prudente, sans doute, mais à laquelle nous tenons essentiellement. Du commencement à la fin de ce travail, on restera dans le domaine des faits, des réalités. On ne s'élèvera pas, de propos délibéré et malgré d'illustres exemples, à des théories d'ensemble. La vie n'est pas une et le droit qui est son reflet participe à sa complexité. Comment croire que la *litiscroissance*, dans son identité juridique, ait toujours répondu à la même cause? Mille faits divers l'ont successivement supportée, épaulée dirions-nous, en se relayant. Nous indiquerons, chemin faisant, quelques-uns de ces supports, non pas tous. Une question comme la *litiscroissance* touche, par ses ramifications, à l'édifice entier du droit romain. On ne s'étonnera pas qu'à suivre son histoire ou à étudier sa technique, on rencontre souvent d'immenses zones d'ombre.

Section II. — Les doctrines.

Théorie de Carl Sell

L'histoire de ces doctrines commence, pour nous, avec Sell, en 1843. Cet auteur a fait des recherches, sinon heureuses, du moins approfondies sur notre sujet¹. Son introduction place l'*infiliatio* dans le cadre général des institutions où l'on rencontre, à Rome, une sanction d'une négation infondée². Dans l'ensemble, son plan tient en quatre

1. *Op. cit. Jahrb.* 2.

2. « Comme conséquence, écrit Sell, de la tendance très résolue des Romains à s'opposer énergiquement au procès de malveillance et de caractère irréfléchi, on trouve (en Droit romain), entre autres sanctions juridiques, des peines nombreuses auxquelles s'expose celui qui nie (*Läugnende*) : 1° La caution qui nie son obligation perd le bénéfice de division, cf. D. 46.1 *De fideiuss.* 10, § 1 et § 2; 2° L'associé, le bénéfice de compétence, D. 17.2 pr. soc. 67, § 3, et D. 42.1 *De re iud.* 22, § 1; 3° Celui qui, pour échapper à l'action noxale, ne reconnaît pas son droit de propriété sur l'esclave ou l'animal, perd la faculté de la *noxae datio*. Cf. en outre D. 9.1. *Si quadr.* 1, § 15 et D. 9.4 *De noxa. act.* 22, § 4; 4° Celui qui, sur une *interrogatio in iure*, nie sa qualité d'héritier, soit pour le tout, soit partiellement en déclarant une part héréditaire inférieure à celle à laquelle il a droit, est tenu *in solidum*, D. 11.1, *De interrog. i. iur. fac.* 11, § 3 et § 4; 5° Dans le cas de

chapitres principaux : la recherche et la détermination des cas de *liliscroissance*, au sujet desquels il expose, en second lieu que toutes ces « *causae* » ont été imaginées à l'imitation de l'une d'entre elles, la *causa iudicati*, bien que celle-ci ne soit pas la première apparue¹; les conditions dans lesquelles se produit la *liliscroissance*; enfin l'étude des destinées de l'institution après Justinien et son utilité pratique moderne dans le droit allemand.

Le troisième chapitre est seul à nous intéresser ici. Il débute² par l'exposé de l'alternative ouverte au défendeur : ou écouter la voix de sa conscience, *conscientiae uox*, selon Sénèque³, et faire une *confessio in iure* qui par elle-même, est exclusive de toute *infiliatio* et de tout procès, en se déclarant prêt à satisfaire à la demande⁴, *confessio* qui ouvrira, après l'expiration du *tempus iudicati* et une estimation, la procédure d'exécution sur la base du simple; ou combattre la prétention du demandeur⁵. Quelle qu'en soit la raison, la résistance se traduit par une dénégation (*ableugnen*) de la prétention du demandeur, à moins que

pluralité de propriétaires d'un esclave, si l'un d'entre les copropriétaires dénie sa qualité, il est tenu *in solidum* à raison des faits dommageables de cet esclave (*D. eod.*, t. 17), si tous ont nié, chacun d'entre eux est tenu de la même manière; 6° Celui qui, sur l'exercice de la *condictio indebiti* a nié le paiement qu'il a reçu, doit prouver le *debitum*, si la réception des espèces est démontrée, *D. 22.3 De prob.*, 25. pr.; 7° Le défendeur à la *rei uindicatio*, s'il nie la possession et que le contraire soit prouvé, doit céder cette possession au demandeur, *D. 6.1 De rei uind.* 80; *D. 11.1 De interrog. i. iur.*, 20, § 1; 8° Celui qui, interrogé *in iure*, sur le point de savoir s'il est le propriétaire du fonds dangereux (*cautio damni in/ecti*), répond négativement, doit faire l'abandon de ce fonds, *D. eod.* 11; 9° Celui qui nie la remise à lui faite d'une somme par le demandeur perd le droit d'opposer à celui-ci la libération résultant du paiement réellement fait par lui, *Nov. 18.8*; 10° Le tiers, possesseur d'une chose, qui nie en présence du demandeur, du créancier hypothécaire par exemple, la propriété de son *auctor*, du débiteur hypothécaire par hypothèse, sur cette chose, doit transférer aussitôt la possession au demandeur, à moins qu'il ne soit constant qu'il retienne cette chose parce que les mêmes droits lui ont été concédés sur elle par son *auctor*, *Nov. 18.10*; 11° Enfin, ajoute Sell, dans le droit féodal, le vassal de mauvaise foi qui nie le contrat de fief, perd ce dernier, l. 3, *Fide feud. def.*, 2, 26.

1. Cf. ci-dessous, p. 44.

2. Cf. p. 175.

3. Voy. p. 176, n. 6.

4. *D. 9.2. ad leg. Ag.* 26.

5. Les sources disent *contradicere*, ex. : *Inst. Iust.* 4.16 de poen. tem., § 1.

le défendeur reconnaissant les faits exposés par l'adversaire conteste leur conséquence juridique alléguée, soit en arguant de l'impossibilité de leur faire application de la loi, en invoquant dès le début une nullité, soit en soutenant une exception ou enfin la survenance d'une cause d'extinction *ipso iure* de l'action. La terminologie romaine, remarque Sell, désigne toute contestation de la demande par *negare deberi* ou *infitiari*, c'est-à-dire « nier la demande », *den Anspruch leugnen*¹. C'est là, dit-il, le sens général de ces mots. Mais à côté de lui, les Romains donnent à ces expressions une autre signification, plus étroite : ils distinguent alors la négation du fait qui sert de fondement à l'action des autres moyens de défense que peut présenter le défendeur².

Ces définitions de pure forme données, Sell recherche le principe qui permet de reconnaître dans le défendeur un

1. Cf. Ulp., in D. 42.1. *De re iud.*, 15.9 : « Sed utrum confessum nomen tantum capi possit an etiam si neget quis se debere, uideamus. et magis est, ut id dumtaxat capiat, quod confitetur : ceterum si negetur, aequissimum erit discedi a nomine... » Ce texte a trait à l'hypothèse suivante : des créances peuvent donner matière au *pignus ex causa iudicati capium*, tout au moins dans la procédure extraordinaire, cf. Girard, *Man.*, p. 1109, n. 2; Pernice, *ZS.*, 5, 1884, pp. 31-42; 1893, p. 180, n. 3, *contra*, Ubbelohde dans Hartmann, *Ordo iudiciorum*, I, 1886, p. 496, n. 15. Mais seules peuvent être saisies les créances reconnues, avouées, et non celles qui sont contestées. Il existe là une curieuse institution, ancêtre lointain de la déclaration affirmative de la saisie-arrêt du droit français qui exige encore la *confessio* du tiers saisi ou la reconnaissance judiciaire de sa dette. Pour Sell, le *neget se debere* du texte est l'équivalent de *infitiari*. Le même concept lui est fourni par C., 7.53 *De execut. rei iud.* 9, Dioclet. et Max. « Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conueni prouinciae, qui, siue confessi debitum siue negantes et conuicti fuerint condemnati... », par C., 4.15 *Quando fisc.*, 3 (Gordien) : « Si debitum non infitiantur hi, quos obnoxios debitoribus fisci esse proponis, potest uideri non esse iniquum quod desideras, ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur. nam si quaestio aliqua refertur, id concedi non oportere et ipse perspicis. » (a. 240). Lorsque le débiteur d'un débiteur du fisc reconnaît sans aucune réserve son obligation (*non infitiatur*), on peut poursuivre le paiement de ce qui est dû au fisc contre lui, mais s'il soulève la moindre difficulté, il ne peut plus en être question. L'expression *quaestionem aliquam referre* serait ici le contraire de *debitum non infitiari*, donc équivalente à *infitiari*... » Voy. en outre Sell, p. 179, n. 15.

2. D. 50.17. *De R. I.*, 43, pr. « Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. » Dans ce texte, Cujas, *Op.* VIII, 683 soupçonnait les mots (*nisi lex impedit*) de constituer un tribonianisme.

infilians exposé à la condamnation au double. Il n'y a rien à tirer, remarque-t-il, de phrases comme *lis infiliando crescit in duplum* ou *haec actio aduersus confitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum*. Les sources ne traitent pas *ex professo* de la *liliscroissance*. C'est incidemment qu'elles nous permettent d'atteindre le fondement essentiel de celle-ci :

D. 12.2. *de iuiurand.* 30. pr. (Paul, 1.18 ad. ed) :
 « Eum, qui iurauit ex ea actione quae infitiando cres-
 « cit aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecu-
 « tionem sibi adquirere Pedius ait : abunde enim suffi-
 « cere exonerare petitorem probandi necessitate, cum
 « omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat :
 « et potest dici hoc iudicio non principalem causam
 « exerceri, sed iusiurandum actoris conseruari¹. »

De ce texte, auquel il donne une importance décisive, notre auteur déduit qu'il suffit, pour échapper à la *persecutio dupli* dans les cas de *liliscroissance*, de décharger le demandeur du fardeau de la preuve. Il en résulte que le condamné au simple n'est pas seulement le *confessus in iure*, comme on pourrait le croire, mais aussi celui qui reconnaît les faits sur lesquels est fondée l'action, qu'il en conteste ou non en même temps les conséquences juridiques. Après l'adhésion aux *Klagefacten*, l'exception, la nullité opposées au début de l'instance, l'extinction *ipso iure* alléguée par le défendeur sont sans effet, car dans toutes ces hypothèses, seul le défendeur supporte la charge de la preuve. L'*infiliatio* ainsi entendue est la négation qui a pour conséquence de contraindre le demandeur à administrer la preuve de ses prétentions².

Sell voit une confirmation du principe qu'il vient de dégager dans :

1. Interpolations, voy. Index, I, col. 169. Citons particulièrement Betti, *Litis aestimatio*, 2. 30, n.; Att. Ven. 74, 1479 [*infiliando crescit < aduersus infilitantem in duplum est >*].

2. Cette idée est passée dans la doctrine de Girard, cf. Man., p. 658.

D. 9.2. ad leg. Aq. 23 § II (Ulp. 1.18 ad. ed.) « Si
 « quis hominem uiuum falso confiteatur occidisse et
 « postea paratus sit ostendere hominem uiuum esse,
 « Iulianus scribit cessare Aquiliam, quamuis confessus
 « sit se occidisse : hoc enim solum remittere actori con-
 « fessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum
 « occidisse : ceterum occisum esse hominem a quo-
 « cunque oportet¹. »

Dans l'hypothèse visée à ce texte, dit Sell, le *confessus* n'aura rien à redouter, car, selon Julien, sa *confessio* n'a eu pour résultat que de permettre au demandeur d'user contre lui de l'*actio confessoria* et a dispensé de l'obligation de rapporter la preuve du motif de fait (*eum occidisse*) de l'action. Mais encore faut-il que l'esclave ait bien été tué. Ulpien, selon Julien, donne l'exemple caractéristique de l'*actio confessoria*, dont il vient de parler immédiatement plus haut, en écrivant : « *ne necesse — occidisse*, ce qui signifie qu'il n'est tout simplement pas nécessaire dans cette hypothèse — de prouver la cause de l'action.

D'autre part, Dioclétien et Maximien, rattachent au C. 3.35 de leg. Aq. 4^a la condamnation au double dans l'action de la loi Aquilia à la condition que soit rapportée la preuve du dommage accompli contrairement au droit.

Sell trouve enfin une dernière confirmation du principe dégagé par lui dans la *novelle* 18,8^a. Dans les trois hypothèses distinguées par Justinien, la *litiscretio* entre en jeu dès que le demandeur ou le défendeur se voit contraint à démontrer l'authenticité de son titre ou dès que le demandeur doit prouver la remise des espèces. La notion de

1. Interpolations, Index, I, col. 114 et surtout Supplem. I, col. 149. L'interpolation de *confessoriam actionem* a été particulièrement démontrée par Segré, *Mei. Gir.*, 2, 511, 551, 553, n. 2. Il faut tenir cette démonstration pour définitive. Le fragment est en partie interpolé pour Lenel³, p. 201, qui, par ailleurs repousse l'interprétation qui en a été donnée par Puschel, *Confessus pr. iud. est*, p. 198. Selon cet auteur la *confessio se serum occidisse* aurait mis fin à toute controverse possible et la démonstration que l'esclave serait encore en vie ne donnerait lieu qu'à une *restitutio in integrum*.

2. Voy. p. 85, n. 1.

3. Voy. p. 188.

base de l'*infiliatio* que Justinien, en présence de la fréquence de plus en plus grande de la négation de mauvaise foi, se flatte d'étendre de l'*actio legis Aquiliae* aux trois cas rappelés, serait restée la même. Le *reus in excipiendo*, celui qui, ayant avoué, cherche encore à échapper à une condamnation par un moyen quelconque, n'est pas un *infilians*, parce qu'il se charge toujours de la preuve. Au contraire, celui qui impose au demandeur cette preuve, s'expose à la condamnation au double, qu'il ait ou non à présenter en outre un ou plusieurs moyens de défense, une ou plusieurs exceptions.

Il va de soi que l'*infilians* pourrait encore, bien qu'il ait imposé au demandeur la charge de la preuve, échapper à toute condamnation, s'il lui était permis de triompher grâce à d'autres moyens. Un tel résultat est précisément interdit par le régime de la *liliscroissance* : les hypothèses où l'action croissait au double *aduersus infilientem* doivent être rangées parmi celles où il était défendu par la loi de présenter d'autres défenses que la négation (*Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit*). Une application remarquable de ce principe se trouverait dans la disposition empruntée par Justinien au droit de l'époque antérieure et reproduite par lui dans la novelle 18,8. Selon cette disposition, le défendeur qui nie avoir reçu les espèces à lui prêtées ne peut plus, lorsque son mensonge est démontré, invoquer le paiement réellement fait par lui (*alia defensione uti*).

Sell se demande en outre¹ jusqu'à quel moment le défendeur qui a fait une *infiliatio* peut revenir sur elle et, par un aveu, échapper à la *poena dupli*. Il distingue, pour cela, les deux dernières grandes périodes de l'histoire de la procédure romaine. Dans l'*ordo iudiciorum priuatorum*, l'*infiliatio* peut être rétractée jusqu'à la *lilis contestatio*. Les textes soulignent ce point de vue². Cela s'expliquerait

1. *Op. cit.*, p. 184.

2. Cf. D. 9,4 *De nozal. act.*, 26, § 5 (Paul, l. 18, *ad ed.*) « ... Et ideo, si negaueris seruum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis aduersus te contestata est; nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait... » Voy. sur ce texte les restitutions de Bes. *ZS*, 46 (1926), p. 116. Le défendeur

ainsi : après la *lilis contestatio*, il était trop tard pour que le défendeur dispensât le demandeur de la preuve. Mais avec la disparition de la procédure formulaire, devait aussi disparaître le point si fortement marqué (*sehr markirter Punkt*) ou l'*infinitio* se trouvait officiellement consommée. C'est pourquoi, il fallut conserver sous de nouveaux traits cette institution indispensable dans le système de la *liliscroissance*.

La critique de la doctrine de Sell a été faite surtout par Rudorff. Le fragment de Paul, liv. 18 ad ed. au D. 12.2.30 pr. ne paraît pas, à ce dernier, avoir la portée que lui donne Sell. Aussi bien savons-nous que le passage est, selon toute vraisemblance interpolé. Lenel qui avait tiré argument de lui en faveur de sa reconstitution hypothétique de l'action confessoire de la loi Aquilia est revenu, dans sa dernière édition de l'*Edictum*, sur sa première opinion¹. Il est donc aventureux de s'appuyer sur un texte douteux pour y dé-

a une action noxale perd le droit de se libérer par la *noxae datio*, lorsqu'il a nié la propriété de l'esclave ou de l'animal. Paul dit que ce défendeur pourra échapper à la peine prévue par l'édit prétorien, s'il lui est encore temps de revenir sur son *infinitio*, c'est-à-dire si la *l. c.* n'a pas eu lieu. Que si l'aveu est fait, *post litem contestatam*, il est sans effet, car le demandeur a acquis par la *l. c.* de nouveaux droits qui ne peuvent plus lui être retirés. Ce fragment est particulièrement significatif, aux yeux de Sell, car il prouve qu'après la *l. c.*, il ne restait plus que la ressource d'avouer devant le juge, la formule *in duplum concepta* étant irrévocablement délivrée. Le second texte cité par Sell est : D., 6.1 *De rei vind.*, 25 (Ulp., l. 70 ad ed.) « ... Sed hoc post litem contestatam : ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum uere non possideret : nec uidetur se liti optulisse qui discessit. » Le défendeur à la *rei uindicatio* ne doit pas être absous, s'il a fausement avoué la possession, mais il n'en est ainsi que s'il n'a pas retiré *ante iudicium acceptum* son aveu mensonger. Si, au contraire, il a reconnu avant la *l. c.*, qu'il n'est pas le possesseur, il ne doit pas être assimilé à celui qui *se liti optulit*. « Enfin un dernier fragment : D., 39.4. *De public.* 5 (Gaius, ad ed. pr. urb.) : « Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio euanescat, post acceptum uero iudicium nihilo minus poena duret. sed tamen absoluendus est etiam, qui post acceptum iudicium restituere paratus est. » Le publicain qui restitue, sur l'*actio aduersus publicanos*, et avant la *l. c.*, l'objet qu'il a enlevé avec violence à un tiers voit s'évanouir l'action intentée contre lui au double. Mais s'il ne restitue que *post acceptum iudicium*, la *poena* de l'édit est maintenue et le défendeur doit désormais, dit Sell, s'il veut être absous, offrir au demandeur le double, auquel cas rien ne s'oppose plus à l'acquiescement. Nous faisons toutes réserves sur cette interprétation, cf. Lenel³, p. 388, n. 4 et *Festq. f. Sohm*, p. 210 sur la distinction de cette action et des actions arbitraires. Nous pensons que la phrase *sed tamen...* visiblement liée à la règle *omnia iudicia sunt absolutoria*, est tout simplement une interpolation.

1. Comp. Edit. Perp., trad. Peltier, I, p. 230 et *Edictum*, p. 201.

couvrir le « principe » de la *litiscretio*. Bien mieux encore c'est avec raison que M. Wenger a fait observer¹ que l'explication de Sell, admissible à la rigueur pour l'*actio legis Aquiliae* où l'*infiliatio* a pour résultat d'obliger le demandeur à rapporter la preuve du fait dommageable — ce qu'il n'aurait pas à faire dans l'hypothèse de la *confessio* — conduit à des résultats absolument inadmissibles pour l'*actio iudiciali*. Dans cette dernière action, le défendeur qui fait une *infiliatio* encourt la *poena dupli*. Or, il est évident qu'il doit, s'il soutient par exemple que le *iudicium* est nul, prouver la nullité qu'il allègue. Cette considération à elle seule paraît suffisante pour nous permettre de repousser l'opinion de Sell. Il est évident, en effet, que le concept de l'*infiliatio* dans les actions qui croissent au double doit être beaucoup plus large et comprendre même les cas où le défendeur prenait sur lui le fardeau de la preuve.

Mais il est certain que l'*infiliatio* est liée à la *litis contestatio* et que le défendeur peut jusqu'à l'organisation de l'instance dans la procédure formulaire revenir sur sa négation. Cela n'exige même pas de démonstration. Il convenait cependant de le préciser.

Théorie de Huschke

Huschke a écrit son commentaire sur le quatrième livre de Gaius² en même temps que son célèbre ouvrage sur le *nexum*³. Ces deux dissertations du fécond et intelligent auteur contiennent maints développements à rapporter aux principes essentiels de la *litiscretio*. L'influence de Huschke a d'ailleurs été, avec celle de Rudorff, prépondérante pendant longtemps sur la doctrine.

L'idée principale de l'auteur nous ramène une fois encore à la *litis contestatio*. *Infiliari*, dit-il en substance, signifie « nier devant le magistrat » (*in iure*) et forcer le demandeur, par cette négation, à en venir à la *litis contestatio*.

1. Wenger, *Zur l. v. d. a. iud.*, p. 32 à 34.

2. *Z. f. g. R. W. S.* 13, 1845, pp. 256 à 284.

3. *Ueber das Recht des Nexums*, 1846.

Or, toutes les actions à *litis*croissance ont ceci de commun : elles portent doublement sur un *certum*, sur une certitude absolue, quant au fondement du droit qui se trouve toujours dans une dette publique (*Offentliche Schuld*), et certitude absolue encore, quant à son contenu, puisque jamais les sources ne font mention d'une « *lis infitiando crescens* » là où il est question d'un *incertum*. Ce double caractère explique toutes les particularités de l'institution. L'impudence du défendeur qui osait nier la parfaite incontestabilité d'une telle créance méritait une peine. Celle-ci devait naturellement être celle du double, car la *litis contestatio* aboutissait à l'anéantissement du droit certain. Voilà pourquoi il faut accorder crédit aux textes de l'époque post-classique qui expliquent la peine du double *aduersus infitiantem*, dans toutes les hypothèses par une disposition expresse de la loi Aquilia¹.

Par ailleurs, on s'explique, si la *litis contestatio* transforme le droit doublement certain du demandeur en un droit incertain, soumis nécessairement à l'aléa du procès, qu'il n'en soit plus de même lorsque le défendeur reconnaît ce droit et ne réclame plus un juge que pour l'estimation seulement. Cela s'accorde bien avec l'expression *lis infitiando crescit* ou *actio, si a reo infitietur, duplatur*. Non seulement le verbe *infitari* ou *infittas* ire fait songer, par son contraire *confiteri* (*in iure*)² à une négation judiciaire, mais encore l'expression *lis crescit*, qui fait nettement allusion à la *litis contestatio*, signifie avec évidence que l'obligation originaire ne monte pas à un multiple et que c'est l'obligation engendrée par le procès qui y parvient. D'où il résulte qu'il faut opposer à nos actions à *litis*croissance celles qui, *ab initio pluris quam simpli uel omnimodo dupli sunt et poenales*³.

1. Cf. ci-dessous, p. 110 et ss.

2. On supprimait souvent les mots *in iure* dans la vieille langue du droit.

3. Cf. Gai, 4.171.173; D., 12.6.23.4; *Inst. Just.*, 4.6.26; D., 46.3 *De solut.*, 7. S'appuyant sur ce dernier texte, Huschke fait remarquer que *poena*, *poenalis* sont employés dans un sens particulier et dans un sens large. D'où l'on doit admettre que, d'après leur nature originaire, nos actions pourraient être rangées tantôt parmi celles qui tout simplement contiennent (*continent*) une *rei persecutio* (D., 42.1.6.3., D., 44.7.34.2), tantôt (*aduersus infitiantem*) parmi les actions mixtes.

Mais il convient de dire pourquoi Huschke voit dans toutes les actions à *litis* croissances un *certum*. Pour lui, toutes se ramènent à deux types fondamentaux : celui du *iudicium* et celui de l'acte *per aes et libram*. L'*actio dependens*, dit-il, a été assimilée par la loi Publilia à la procédure d'exécution de l'*actio iudicati* et, plus anciennement, de la *manus iniectio*. Elle fut pendant longtemps intentée par *manus iniectio*, après que toutes les *manus iniectioes* fussent devenues *purae*. Elle n'était donc qu'une voie d'exécution. L'*actio legis Aquiliae* a été placée elle aussi sous le principe de l'*actio iudicati*. Par sa disposition *quantum in eo anno plurimi fuit* ou *quantum ea res erit in diebus triginis proximis, tantum aes domino dare damnas esto*, la loi Aquilia a, en quelque sorte, prononcé elle-même, à la place du juge, la sentence de condamnation. Mais comme elle ne fixait pas le montant de la réparation, il en résultait que les parties devaient ou s'accommoder *priausim* ou en venir à un procès dans lequel le juge arbitrait le *quantum* de la composition, de la même façon que lorsque le défendeur refusait de se laisser appliquer le talion¹. C'est afin de limiter cet arbitraire dont certes la plèbe devait souffrir souvent, que le plébiscite ordonna, une fois pour toutes, et pour ainsi dire à la place du juge, que l'auteur du dommage serait contraint à payer, en guise de composition pécuniaire, la plus haute valeur de la chose dans la dernière année ou dans le dernier mois. D'où, il s'entend que, s'il niait sa culpabilité, il devait être, tout comme s'il avait nié un *iudicium*, condamné au double.

L'action du *legatum per damnationem certum relictum* — en laquelle Huschke voit une *condictio certi* — et l'*actio de modo agri* se ramènent à l'acte *per aes et libram*. Elles se rapportent à la disposition des Douze Tables indiquées par Cicéron, *de Off.*, 3.16.65, qu'il convient de rapprocher de la définition de Festus :

« Nuncupata... Cum nexum faciet mancipiumque,
« uti lingua nuncupasset, ita ius esto. »

1. Cf. Aulu-Gelle, *N. A.* 20.1.38.

parce qu'elle a trait à la *nuncupatio* adjointe à un *mancipium*. Pour l'*actio de modo agri*, cela va de soi, puisqu'elle a pour effet d'assurer une garantie identique à celle née de la mancipation. Quant au legs par *damnationem*, il naquit sans doute (comme il résulte de ses formes en quelque sorte contractuelles), avec le testament *per aes et libram* : il n'était rien d'autre que le contenu même de la *nuncupatio* par laquelle les dispositions accessoires de la *familiae mancipatio* étaient rendues obligatoires.

Des deux bases originaires de la *litis* croissance, *iudicatio* et acte *per aes et libram*, qui, toutes deux tenaient à un acte public¹, seule la première se retrouve sous Justinien dans l'*actio legis Aquiliae*, à laquelle, comme autrefois, en vertu de l'idée de dommage illicite, on continue à rattacher la sanction de la négation de certaines créances.

Quant au contenu de l'action qui croissait au double *adversus infitiantem*, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre des deux actes originaires, partout Huschke voit un *certum*². Cela est évident pour l'*actio iudicali*. D'après lui il en serait ainsi pour l'*actio legis Aquiliae*. Cela est attesté pour le legs *per damnationem*³. Mais ici une difficulté se pose.

1. La *iudicatio* se rapporte à la justice organisée par l'Etat. L'acte *per aes et libram* est primitivement débattu dans une réunion du peuple, dit Huschke. D'où l'on comprend que l'*in iure cessio* et la *mancipatio* aient eu même valeur légale pour le transfert de la propriété et pour l'obligation à l'*auctoritas*.

2. Ainsi dans le cas de la déclaration *in mancipium* d'une superficie trop grande (*a. de modo agri*), dit Huschke, p. 264 la créance de l'acheteur portait sur une somme d'argent précise qui, par le transport de la proportion de la quantité défaillante, par rapport à celle promise, dans le prix d'achat, se déterminait avec une certitude mathématique. Aussi est-ce à cause de cela que, là où un *incertum* n'était pas acquitté, par exemple si un animal vendu, qui faisait partie des *res Mancipi*, était atteint de vices, les textes ne font aucune mention de la *lis infitiando*. Quant à l'objet de la *nuncupatio*, Festus nous dit : « *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in l. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata.* » Cf. Bruns, 2, p. 18. D'où il suit que l'expression *nuncupatio* concerne régulièrement une somme d'argent déterminée et la phrase *cum nexum faciet...* une *pecunia nuncupanda*. En réalité, on peut imaginer dans la *nexi obligatio*, qui se rapporte à un acte *per aes et libram*, donc à la pesée d'une quantité certaine d'*aes*, une extension de cette *certa pecunia*, résultant de la *nuncupatio*, d'où il suit que, dans le *nexum*, la phrase *lis infitiando crescit*, trouve application d'une part au capital ayant fait l'objet de la pesée, d'autre part, à cause de la *nuncupatio*, aux intérêts convenus.

3. Gai 4.9.

Que faut-il entendre par *legatum per damnationem certum relictum*? Un *certum* n'est pas forcément une *certa pecunia*. C'est avec raison, croyons nous malgré les critiques de Rudorff, que Huschke l'admet¹.

Nous rencontrons ici la célèbre théorie de la force exécutoire du *nexum*. Son inventeur, Huschke, voit dans l'action qui sert de sanction au *nexum* une *manus iniectio pro iudicato*. Mais, dit-il, au regard du *legatum certum per damnationem*, contrairement aux autres cas du *per aes et libram gestum*, entre en jeu la particularité suivante : ce legs peut ne pas porter uniquement sur une *certa pecunia*, mais aussi bien sur un autre *certum*. Et l'on ne comprendrait pas qu'il en fût autrement, car dans tous les autres cas de *liliscroissance*, c'était accidentellement que le *certum* consistait en argent : dans l'ancien droit le *iudicatum* portait sur la chose elle-même. Sans doute, la *manus iniectio* n'était-elle possible de *plano* que lorsque le legs *per damnationem* portait sur une *certa pecunia*², mais il ne s'ensuit pas que, dans le cas d'un autre *certum*, les autres effets de l'*obligatio nexi*, notamment la condamnation au double à raison de la négation³ ne se produisaient pas. *La duplatio actionis se trouve avant tout dans le « certum esse » de la créance, dans son fondement et dans son objet*. Mais le *certum* pouvait aussi bien être entendu dans le sens ordinaire de choses non fongibles⁴ que de quantités fongibles⁵, car il n'y a aucune raison de soutenir que ces dernières méritaient davantage le nom de *certum* que des quantités autres que celles portant sur du numéraire⁶. Sans doute la *nexi liberatio* n'était-elle applicable qu'à des quantités fongibles. Mais cela n'a rien à voir avec

1. Le *legatum certum* ne porte pas nécessairement sur une *certa pecunia*. Cela est évident. Il semble donc qu'il convienne de se prononcer dans le sens de Huschke, malgré la restitution inexacte faite par lui de Gai 4.9. où il lit *item quantitatum*.

2. *Nexum*, p. 223.

3. *Ibid.*, p. 12.

4. *Z. I. G. R. W. S.*, 13, p. 259.

5. *Ibid.*, p. 266, et *Nexum*, p. 224.

6. Cf. *D.* 45.1.75.1 et 2.

le *certum* d'une obligation, car cette restriction se trouve dans la nature de la *solutio per aes et libram*¹.

Pour en terminer, avec la théorie de Huschke, il nous reste à exposer comment il concilie le point de vue par lui exposé sur le *certum* avec la prétendue *manus iniectio* imaginée par lui. L'idée de cette dernière devait faire fortune. Mais, plus habile que beaucoup de ses imitateurs, le célèbre auteur a prévu l'objection² qui devait lui être faite. Et il a tenté par avance de la réfuter.

Si le *casus* concerne une *certa pecunia*, dit-il, la *manus iniectio* suit son cours normal, dès la *confessio in iure*, sur la personne du débiteur ou, dans le cas d'*infiltatio*, sur celle du *uindex* anciennement. Le *uindex* avait, à son tour, une *manus iniectio* identique contre le débiteur pour qui il avait dû payer. Sous la procédure formulaire, une formule remplaça la *manus iniectio* et fut conçue au double contre l'*infilians*.

Si l'action ne se rapportait pas à une *certa pecunia*, ce qui était toujours le cas dans l'*actio damni iniuriae* et l'*actio de modo agri* et pouvait l'être dans l'*actio depensi*, il fallait toujours en venir à la *litis contestatio*³. La procédure était alors complètement différente, selon que le défendeur niait, ou avouait. Dans cette dernière hypothèse, il ne pouvait être question, au temps des actions de la loi, que d'une *iudicis arbitriue postulatio*, à laquelle aucune pénalité n'était attachée, où même il n'y avait qu'un *arbiter litis aestimandae*. L'existence de celui-ci nous est prouvée, pour cette époque, par les *Litterae Singulares de Valerius Probus*⁴. C'est encore à la demande d'un *arbiter liti aestimandae* que se rapportent les sigles : *Q. N. Q. A. N. Q. N.*, *quando neque ais neque negas*⁵. Que si le défendeur faisait une *infiltatio*,

1. Cf. sur la question du *certum* dans le legs *per damnationem*, ci-dessous, p...

2. Cf. Lenel³, p. 202 avant-dernier alinéa.

3. Comp. Cug, *Man.*, p. 876 : l'avou, dans nos actions, ne rend jamais inutile le renvoi devant un juge.

4. Girard, *Textes*, p. 216.

5. Huschke lit : « *Q. A. N. Q. N.* » *quando ais neque negas*. Voy. en outre Puchta et Kruger, *Cursus*, tome I^{er}, p. 529, n. d.

on retrouvait alors la *manus iniectio*, au moins pour l'*actio de modo agri*, mais après une estimation en argent par un arbitre aussi, car la *manus iniectio* supposait une *certa pecunia*¹, laquelle estimation précédait le *conueniri in duplum*. Enfin, après la disparition des actions de la loi, le prêteur a eu, notamment dans les cas de l'*actiodamni iniuriae*, des formules distinctes contre celui qui niait et contre celui qui avouait.

Sur la nature, la reconstitution de ces formules, Huschke a changé plusieurs fois d'opinion. Nous ne nous y attardons donc pas ici².

Il ne faudrait pas croire que, pour notre auteur, la peine du double dût être expliquée par la *damnatio*. On retrouve cette dernière, dit-il, dans le legs *sinendi modo* où jamais celui qui nie n'est condamné au double : la *litiscroissance* est exclue alors par l'*incertum*. Par ailleurs, dans l'*actio de modo agri*, soutient-il et dans le legs par *damnationem*, l'emploi de la formule *dalo*³ n'empêche pas le phénomène juridique de la *litiscroissance* de se produire⁴. Le simple rapport d'une obligation avec la mancipation ne suffit donc pas pour que celui qui nie soit condamné au double. L'*actio fiduciae* qui, en tant qu'action de bonne foi, est incertaine, ne porte jamais que sur le simple, bien que Zachariae ait prétendu⁵ qu'elle montait au double : cela fut soutenu sans raison, au moins pour le cas où le double doit être la peine de la négation. L'expression *damnas esto* convient cependant et est partout employée là où l'on entend souligner la fermeté et la rigueur de l'obligation.

Il est difficile de méconnaître les séductions de cette théorie dont les remarquables aperçus produisent souvent une impression de lumière éclatante. Nous croyons que Huschke a été, de tous les auteurs, celui qui s'est le plus

1. Cf. Paul, Sent., 2.17.4 où les mots *officio iudicis* sont visiblement à rapprocher de *aestimatione facta*; l'estimation précédait donc bien le *conueniri in duplum*, dit Huschke.

2. Voy. le résumé de ces variations dans Lenel³, p. 200.

3. Gai., 2.201.

4. Cf. Z. f. G. R. W. S., 13, p. 275.

5. Fiducia, p. 37.

approché de la vérité dans le sujet obscur de la *liliscroissance*, encore que l'une de ses principales conclusions (l'emploi de la *manus iniectio* dans les *causae quae infitiando crescunt*) ne puisse pas, à notre avis, résister aux critiques que lui a adressées un autre grand romaniste : Mitteis.

Théorie de Rudorff

Avant d'exposer ces critiques, il est nécessaire de connaître la doctrine de Rudorff¹. Il nous semble que c'est plutôt à celle-ci que doivent aller les objections de Mitteis, hormis évidemment celles qui concernent la force exécutoire du *nexum*, que nous n'avons pas à discuter ici. C'est une erreur en effet que de faire dire à Huschke, nous venons de le voir, que la *liliscroissance* est l'effet de la *damnalio* contenue dans le *iudicatum* ou dans le *per aes et libram gestum*. Cette idée est due à Rudorff.

« Dans la conception du « principe » (de la *liliscroissance* selon Huschke), écrit Rudorff², je ne trouve pas « l'élément essentiel qu'est la *damnalio*. Cette omission a été déjà critiquée plus haut dans certaines « hypothèses particulières. Elle fait disparaître toute « possibilité de distinguer entre les cas véritables de « *liliscroissance* et ceux qui ne relèvent pas d'elle. A « la place de cet élément, Huschke place le *certum*, « la certitude de l'objet. Mais cela ne comble pas la « lacune. »

Pour Rudorff, le *iudicatum* ne porte pas, dans la procédure des actions de la loi, sur une somme d'argent certaine, mais sur l'objet originaire de l'action, donc sur un *incertum*. Cette constatation, reproduite en plusieurs endroits de l'œuvre, nous reporte à la fameuse condamnation en nature des actions de la loi. Que si, dit-il, l'*infitiatio* est exprimée sur une dette d'argent certaine, elle a pour conséquence une peine du tiers contre le succombant (*sponsio tertiae partis*)

1. Cf. *op. cit.*, p. 463 et ss.

2. P. 465.

et non du double. La distinction du *certum* et de l'*incertum* ne remonte pas plus loin dans le passé que les lois *Silia* et *Calpurnia*. Or, Huschke ramène tous les cas de *lilis* croissance au *iudicatum* ou à l'acte *per aes et libram*, en les rattachant à une disposition de la loi des Douze Tables, citée par Cicéron.

Si l'on veut comprendre l'institution, il faudrait la rapprocher des règles de la vieille procédure après jugement et du pourvoi en cassation, tout en distinguant cependant entre le *iudicatum* et ses imitations.

Cette proposition exige quelques explications. Si le procès est déjà tranché par une sentence du juge, le vainqueur n'a plus, pour parvenir à son but, que le stade de la *litis aestimatio* à franchir. Cette dernière étape n'est qu'une procédure de liquidation : une autre décision que celle donnée dans le jugement n'est plus possible, même par la voie de la transaction. Le recommencement de l'instance sous la forme de la *condictio indebiti* est de même prohibé. Seul le droit d'exercer un recours contre le jugement peut rendre de nouveau douteuse la victoire obtenue. Mais, afin que l'on n'abuse point de ce recours, la peine d'une seconde condamnation atteint celui qui succombe pour la deuxième fois.

Ce régime juridique, ces règles ont été transportés artificiellement à d'autres actions, mais ils ont insensiblement alors pris un autre caractère. Ainsi une loi, comme le plébiscite aquilien, ou un acte privé exécutoire, comme le solennel *per aes et libram gestum* » contenant une *damnatio* comparable à la clause d'exécution parée des actes notariés, donnèrent naissance à une action tendant de prime abord à l'exécution du défendeur, sans examen ni démonstration préalables, mais ils n'ont pas pu, sans injustice, interdire une défense postérieure. La prohibition de toute défense ne pouvait pas continuer à se réclamer du transport des règles du *iudicatum*, car il fallait nécessairement que les allégations et la démonstration du demandeur précédassent la décision judiciaire. Il fut donc impossible ici d'adopter la procédure usuelle, dans laquelle la *damnatio* n'eût

été qu'une ouverture à procès sans signification. Mais on dut chercher à enfermer les discussions possibles dans des limites plus étroites.

C'est ainsi que la loi aurait voulu épargner au demandeur l'incommodité de la charge de la preuve, c'est-à-dire de la partie la plus onéreuse et la plus longue du procès. Pour cela le défendeur a été mis en demeure de choisir entre *fateri* et *infiteri*. Choisisait-il la voie de la négation, s'il succombait, il était frappé de la peine du double, alors que, dans la procédure ordinaire de la *uindicatio* et de la *condictio*, le défendeur, l'*infiliator* lui-même, ne subissaient, en pareille circonstance, qu'une condamnation au simple, abstraction faite de l'amende du *sacramentum*, des *sponsiones* et de la *fructus duplio*, dans certains cas. Il faut voir, dans cette éventualité d'une condamnation doublée un puissant stimulant, le défendeur étant fortement engagé à suivre la voie de la *confessio*, d'autant plus qu'il était pourvu, dit Rudorff, par le refus de la *condictio indebiti*, à ce que l'on ne puisse point, dans une instance distincte, se réserver une dénégation sans péril de la dette.

Néanmoins toute défense ne peut pas être ramenée à la simple alternative de *confiteri* et *infiteri*. Il y a des nuances et des degrés entre ces deux attitudes contraires. Pour Rudorff, il existe deux sortes d'exceptions : les unes — et ce sont les véritables exceptions à ses yeux — combattent le résultat même de l'action, parce qu'il heurterait un droit contraire, les autres contiennent une négation de la conservation du droit allégué et reconnu pour le passé. Le défendeur qui succombe, après avoir opposé une ou l'autre de ces exceptions n'est, dit-il, jamais condamné au double, à condition que l'exception ait été présentée accessoirement à une *confessio*. Ainsi, lorsque quelqu'un, sur l'ordre du magistrat, fait démolir, à l'occasion d'un incendie, un immeuble appartenant à autrui et que le propriétaire le poursuit par l'*actio legis Aquiliae*, une exception *quod incendii defendendi causa non fiat* est insérée dans la formule et fait obstacle à la condamnation, si l'ordre du

magistrat est prouvé¹. Que si le défendeur a agi de lui-même, aucune exception n'est donnée, mais si le feu a poussé jusqu'à l'immeuble, tout préjudice fait défaut, puisqu'aussi bien sans la démolition, le bâtiment n'en aurait pas moins été détruit. Mais si le feu s'est arrêté avant d'être parvenu à lui, le défendeur est condamné; toutefois, pense Rudorff, comme il reconnaît le fait en se défendant seulement par l'état de nécessité dans lequel il s'est trouvé, l'action confessoire est donnée contre lui et l'estimation réduite au simple.

Au contraire, pour notre auteur, si le défendeur nie le fondement de l'action, il perd de ce fait le droit de présenter toute autre objection ou toute exception, car autrement, il pourrait encore échapper à la peine méritée par sa négation, de telle sorte que le demandeur eût supporté la charge de la preuve sans en être indemnisé par la condamnation du défendeur au double. Rudorff se rallie ici aux conclusions de Sell. Il comprend de même façon le texte d'Ulpien, au D. 50.17.43. pr. *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit*. La loi *Aquila* est une *lex impediens* de la première époque. C'est à elle que le jurisconsulte songe, c'est à elle que Justinien pense encore, lorsqu'il rattache, dans sa novelle 18, 8, au droit ancien de la *litiscroissance*, la prescription selon laquelle le défendeur, après avoir nié la réception des espèces, n'est plus recevable à soutenir qu'il avait remboursé.

En résumé, le concept de la *litiscroissance* serait le suivant : l'acte de *infiliari* n'entraîne une condamnation au double que s'il consiste en une négation du fondement de l'action ou de l'obligation ayant pour conséquence de con-

1. Cf. D. 43.24 *Quod ui a. cl. 7*, § 4 (Ulp. l. 71, *ad ed.*) « Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda : ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intereidi et quod ui aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret ; quod incendii defendendi causa factum non sit Seruius autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse, priuato non esse idem concedendum : si tamen quid ui aut clam factum sit neque ignis usque eo peruenisset, simpli litem aestimandam ; si peruenisset, absolui eum oportere, idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare uidetur aequè perituris aedibus. »

traîdre le demandeur à une démonstration contraire. C'est pour cela que le serment est admissible dans les actions qui croissent au double *aduersus infitiantem*, bien qu'il ait juridiquement le caractère de la transaction qui en est exclue. La délation du serment, qu'elle soit faite par le demandeur ou par le défendeur, n'autorise jamais qu'une condamnation au simple. D'une part, le demandeur en déférant le serment au défendeur, échappe à l'obligation de rapporter la preuve de ses prétentions; d'autre part, le défendeur, en agissant de même, libère son adversaire de cette démonstration et cela suffit, comme Pedius le remarque.

En outre, l'*infitiatio* ne dépend jamais de la *calumniā* du défendeur qui est, dit Rudorff, sous la condition qui précède déjà passible du double pour le *temere litigare*¹. Dans nos actions, le demandeur est protégé contre le *calumniae causa infitias ire* par l'institution elle-même de la *litiscroissance*.

Les doctrines modernes.

Si l'on jette un regard sur l'ensemble des doctrines qui viennent d'être très rapidement résumées, la valeur des conceptions de Huschke, soulignée par Wenger², paraît grande. Malheureusement, le postulat de l'assimilation de l'acte *per aes et libram* à la *iudicatio* a conduit le génial auteur à en déduire logiquement que le *nexum*, où se rencontre une application du *per aes et libram gestum*, fondait une *manus iniectio*, tout aussi bien que le *iudicatum*. L'idée a été reprise et élargie par Rudorff. La force exécutoire de la formule *damnas esto*, invention de Huschke, adoptée d'enthousiasme par de nombreux auteurs³, a été transportée dans l'action de la loi *Aquilia* et dans celle du

1. *Inst. Just.*, 4, 26 de *poena temere litig.*, § 1. Gai, 4, 172.

2. *Zur Lehre von der Actio Iudicali*, p. 32.

3. Karlowa, *Rom. Rechtsgeschichte*, 1901, 2, 550, 802 et s., 805, 918 Girard, *Man.*, p. 441, n. 3 et au texte (pour l'a. *leg. Aq.*), pp. 510, 512 et en notes (effets du *nexum*) et pp. 969-970 (*legs p. d.*), Jörs dans *Birkmeyers Enzykl.*, 1^{re} éd., p. 138; Léonard dans la seconde éd. p. 105, 114).

legs *per damnationem*, ce que n'admettaient cependant ni Huschke ni certains de ceux qui le suivaient¹. L'idée de la force exécutoire de la *damnatio*, idée essentielle de l'œuvre de Rudorff, semblait conduire logiquement à cette extension. « Les décisions populaires qui prononçaient une *damnatio*, écrit Rudorff², ordonnaient en même temps la rigoureuse procédure d'exécution contre le débiteur et réciproquement. Ce qui le prouve, c'est que l'on avait soin de ne prescrire cette *damnatio* que pour des dettes pécuniaires évaluées en monnaie romaine car l'obligation était alors exécutoire sans procédure de liquidation préalable... » Mais cela aurait changé avec la *lex Vallia* (Rudorff écrit *Lex Valeria*). La procédure d'exécution fut ramenée à ses limites naturelles : l'exécution du *iudicatum* (auquel était assimilé le *depensum*). Dès lors, le défendeur pouvant, dans tous les autres cas, s'opposer à sa propre exécution et réclamer un débat judiciaire, la procédure de droit commun fut toujours suivie. Cette dernière était, d'après la règle originaire, le *sacramentum*; plus tard, quand les principes moraux du commerce furent ébranlés, la loi *Silia* introduisit, pour les dettes d'argent précisément, une procédure plus rigoureuse : la *condictio certae pecuniae*, le demandeur pouvant y exiger du défendeur une *sponsio tertiae partis*. Il y avait là une sorte de compensation pour l'amende au double de l'*infinitio*, abandonnée avec la *manus iniectio iudicalo*. Cette *sponsio* se maintint, lorsqu'à la place des actions de la loi, la procédure formulaire fut instituée. C'est pourquoi, les juristes romains font ressortir encore que l'on peut se servir de cette action contre le *damnatus* :

D. 12.1. de reb. cred. 9. § 1 : « competit haec actio
« (certi condictio) etiam ex legati causa et ex lege
« Aquilia. »

1. Huschke, *Nexum*, p. 66, n. 76, Bethmann-Holweg, *Zivilprozess*, I, 159, 14, mais B.-H. écrit que la condamnation au double dans l'*a. leg. Aqu.* comme dans l'*a. leg. nom.* s'explique par la peine du double de la *manus iniectio* ancienne par laquelle ces actions s'intentaient. Cf. *eod.* 2, p. 537; Karlowa, *Zivilprozess*, 184.

2. Rudorff, *op. cit.*, p. 366.

Quant à la *legati causa* dont il est question, elle ne concerne que le legs *per damnationem* portant sur une *certa pecunia*. D'ailleurs, la *lex Mamilia*, encore en 695 de Rome¹, prononce une *damnatio* :

K. L. V... « Si quis aduersus ea fecerit, is in terminis
« nos singulos, quos eiecerit locoue mouerit sciens do-
« lo malo, HS V m(ilia) n(ummum) in publicum eo-
« rum, quorum intra fines is ager erit, dare damnas
« esto. »

Le contrevenant devait être traité, écrit Rudorff, comme s'il avait été condamné à payer à la caisse commune de la colonie intéressée la somme de cinq mille sesterces. Sans doute, cela supposait reconnue la culpabilité du délinquant et cette reconnaissance se produisait, selon le *Digeste*, par les voies de droit ordinaires : *et eius actionem petitionem ei qui uolet esse iubet (lex agraria)*, dit Callistrate au D. 47.21 de *termino moto* 3. pr. Mais la loi contient plusieurs dispositions qui ne peuvent se comprendre que dans les lois de police ou les lois pénales qui frappaient de prime abord le délinquant d'une véritable condamnation². Ainsi, pour couper court à une audition trop longue des témoins, dix témoins à charge au plus peuvent être cités; le délai de l'exécution est réduit : puisque le contrevenant est assimilé dès l'instant de l'action à un condamné et que l'audition des témoins exige encore du temps, il n'a aucun *tempus iudicali* à demander, il peut être exécuté *primo quoque die*; enfin l'exécution peut être ordonnée par l'autorité locale, tandis que, d'après les principes généraux, ceux mêmes de la loi Rubria, l'extrême-limite de la *iurisdictio* municipale ne va pas plus loin que le droit de faire conduire en prison le débiteur d'une dette d'argent

1. Cf. Bruns, *Font.*, I, p. 95.

2. « Inque eam rem is qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem facito ita, ut ei e re publica fideque sua uidebitur. Et si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deue bonis eius primo quoque die exigito; eiusque pecuniae quod receptum erit partem dimidiam ei cuius unius opera maxime is condemnatus erit, dato, partem dimidiam in publicum redigito. »

qui avoue, l'exécution personnelle dans les autres obligations que celles d'argent comptant et l'exécution sur le patrimoine étant à chercher à Rome en haut lieu.

En France, cette doctrine est passée, en premier lieu, dans l'excellent *Précis de droit romain* de C. Accarias¹. « Le formalisme ancien, dit cet auteur, crut trouver un principe d'assimilation entre les *actiones legati certi, legis Aquiliae, depensi* et l'action *iudicati*. » En effet, les dispositions de la loi Aquilia étaient conçues dans la forme d'une condamnation prononcée contre le délinquant... (*dare damnas esto*), et le legs *per damnationem* ressemble à une condamnation prononcée par le testateur contre son héritier (*heres meus dare damnas esto*²). Mais, seul de tous les auteurs, Accarias a su se défendre contre les séductions d'une généralisation trop théorique : « L'explication qui précède, écrit-il, ne convient certainement ni à l'action *depositi miserabilis*, ni à celle dont le vendeur est tenu pour avoir exagéré la contenance du fonds vendu. » Et l'auteur renvoie sur ces deux points à la règle rapportée par Cicéron, *De Off.* 3. 16.65 :

« ex duodecim tabulis... quae lingua essent nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret. » Une déclaration solennelle, faite devant des tiers ne pouvait être niée sans donner lieu à une action *in duplum*.

Beaucoup plus absolu est Girard. Pour lui, quatre actions à *litiscroissance* existent seulement. L'addition de l'*actio de modo agri*, aux *Sententiae Receptae*, est mensongère. La force exécutoire de la *damnatio* explique toutes les autres. La croissance de l'action au double est la conséquence de ce qu'anciennement elle s'intentait par *manus iniectio*. Tournant dans un véritable cercle vicieux, notre auteur démontre l'existence d'une *manus iniectio ex lege Aquilia* par le fait que cette action était plus tard une action au double *aduersus infitiantem*³ et ce fait lui-même — ainsi

1. Cf. tome 2, p. 970-971.

2. *Op. cit.*, p. 560, n. 1.

3. Voy. ci-dessous, p. 102.

que tout le régime de la *litis*croissance — par l'existence antérieure de cette *manus iniectio*¹.

L'influence de ces doctrines a été prépondérante pendant un certain temps. Elle n'est pas complètement méconnue aujourd'hui², malgré le profond discrédit dans lequel les idées de Huschke et de Rudorff sont tombées en Allemagne³. Le premier coup leur a été porté, en 1901, par le célèbre article de Mitteis⁴ dont nous extrayons les arguments suivants :

1. C'est une hypothèse sans preuve que d'avancer que la formule *damnas esto dare* avait la même valeur que le *iudicatum*. Les lois romaines comprenaient à l'ordinaire des dispositions détaillées — sinon toujours claires, — données *expressis uerbis*. Nous pouvons constater que toutes celles qui donnaient une *manus iniectio pro iudicato* le disaient formellement et non d'une façon purement indirecte, sous les mots *damnas esto*. Cela est démontré, d'une part, par la *lex Lucerina* qui désigne clairement la *manus iniectio* comme sanction de la violation de ses dispositions⁵, et surtout, d'autre part, les *Commentaires* de Gaius, 4.24, d'où il ressort que, dans les cas de *manus iniectio pro iudicato* cités par le jurisconsulte, la loi elle-même organisait et nommait expressément cette *manus iniectio*, à tel point que l'exception faite *in forma legis Furiae testamentariae* où les mots *pro iudicato* avaient été insérés, bien qu'ils ne figurassent pas dans la loi, paraît inexplicable à Gaius :

Gai. 4.24... « nam et actor in ipsa legis actione non

1. Voy. outre ces auteurs Puchta, *Inst.* 10^e éd., 2, § 269; Cuq, *Instit.*, I, 424, 4; Jörs et Leonhard, *op. cit.*, pp. 121, 2 et 105.

2. Dans un article très récent, paru dans la revue égyptienne, *Al Quanon Wal Iqtisad*, en mai 1932, Arangio Ruiz écrit encore : « Ce redoublement de la condamnation à la suite d'une défense que partout ailleurs le droit romain n'a pas considérée comme punissable n'est, d'après une opinion à notre sens irréfutable, que le résidu historique du régime de la *manus iniectio*. »

3. Cf. Wlassack, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, ZS., 25, p. 175 et s.; Wenger, *Institutionen*, p. 216, n. 12; Heinrich Siber, *op. cit.*, p. 162, n. 5.

4. Cf. ZS., 22 (1901), pp. 112 et ss.

5. Bruns, p. 283, *Lex Lucerina* : « Sei quis aruorsu hac faxit (in) ium quis uolet pro iudicatos n (ummum) I manum iniec (i) o estod. »

« adiciebat hoc uerbum pro iudicato, sed nominata
 « causa, ex qua agebat, ita dicebat : **ob eam rem ego**
 « **tibi pro iudicato manum iniecio**, cum hi, quibus pro
 « iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua
 « agebant, ita inferebant : **Ob eam rem ego tibi pro**
 « **iudicato manum iniecio**. *nec me praeterit in forma*
 « *legis Furiae testamentariae pro iudicato uerbum*
 « *inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla*
 « *ratione factum*¹. »

Il est impossible, alors que la loi elle-même prenait soin de dire si la *manus iniecio* devait être *pro iudicato* ou seulement *pura*, d'admettre que c'est à cette rigoureuse procédure que faisait allusion à demi-mots l'expression bien vague et large *damnas esto*.

Personne n'a jamais réfuté cette objection décisive².

1. Les lois désignées au 4.23 portaient la disposition *pro iudicato manus iniecio esto*, et la *Lex Furia*, *manus iniecio esto*. C'est ce qu'écrivit M. Mitteis et c'est, à nos yeux, l'évidence même. Voy. sur ce texte aussi, Senn, *Leges perfectae*, p. 95.

2. C'est vider, semble-t-il, l'argumentation de Mitteis de tout son contenu que de la résumer, comme le fait Girard, *Man.*, p. 511, n. 2, en ces termes : « M. Mitteis objecte... : « que la formule *damnas esto* ne fonde pas de *manus iniecio* dans toutes les lois où on la rencontre et qu'au contraire les lois qui accordent la *manus iniecio* le disent en termes directs ; l'objection disparaît si l'on remarque, comme nous l'avons fait dès notre première édition en renvoyant aux exemples rassemblés dans Bruns, *Kleinere Schriften*, I, 1882, pp. 316-317, que, par un phénomène de débilitation assez fréquent, la *damnatio* a perdu à partir d'une certaine date son efficacité propre dans la langue législative... » Il est dangereux d'admettre, lorsque les sources ne se concilient pas avec le point de vue que l'on soutient, que l'institution décrite est devenue toute autre dans le cours de son évolution qu'elle était originairement. Il faudrait commencer par établir l'état antérieur du droit et ses transformations. Or, cela Girard ne le fait pas : il soutient que l'on peut partir de la doctrine selon laquelle les cas où *lis infitiando crescit in duplum* à l'époque formulaire étaient des cas de *manus iniecio* au temps des actions de la loi pour admettre la *manus iniecio* dans les hypothèses du legs et de la loi *Aquilia*. Il n'établit donc pas cet état antérieur du droit, mais prétend remonter d'une époque où la *damnatio* a perdu sa force ancienne, où tout désormais condamne sa propre opinion, vers le type ancien, selon lui, foncièrement différent du nouveau. Chaque fois, il affirme (cf. pp. 658, 808-809, 982, 1084, n. 4), que le caractère des actions à *litis-croissance* « leur vient de ce qu'elles s'intentaient sous les actions de la loi par une *manus iniecio* où le *uindex*, que ce fût un tiers ou, comme dans la *manus iniecio pura*, le débiteur lui-même, encourait la peine du double en contredisant la demande ». Puis il passe à la réfutation des objections de Mitteis, sans s'arrêter à la preuve directe de son affirmation. — En réalité, il ne s'explique nulle part sur l'argument de texte de Mitteis reproduit ci-dessus.

2. Pourquoi, demande Mitteis, si la *litiscroissance* dans le legs *per damnationem* provient de l'ancienne *manus iniectio*, n'est-il pas fait état de ce même régime du doublement de la condamnation pour les autres cas où Gaius atteste qu'il existait une *manus iniectio pro iudicato* aussi ? Ainsi la demande fondée sur la *lex Furia de spon su aduersus eum qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset*, devait présenter la même particularité et Gaius ne nous en informe pas, bien que l'énumération des actions qui croissaient au double *aduersus infitiantem* soit, selon toute probabilité, limitative et que cette action soit encore de son temps encore très usitée dans la pratique, ainsi que semble l'indiquer le paragraphe 109 suivant et que le démontre à coup sûr le paragraphe 121 du troisième commentaire¹. Mitteis en déduit — chose plus importante — que, pour admettre la doctrine qu'il combat, il faut nécessairement supposer que la *legis actio per manus iniectionem* du legs *per damnationem* était demeurée au double après la loi Vallia qui rendait *purae* toutes les *manus iniectiones* d'autrefois, à l'exception de celles du *iudicatum* et du *depensum*, sans quoi l'action au double, dans ce cas, eût été un retour inadmissible à un état de droit déjà aboli².

3. La remise de la dette issue, pour l'héritier, du legs *per damnationem* mis à sa charge par le testateur se fait bien *per aes et libram* (Gai. 3.174), donc de la même

1. Cf. notre appendice au chapitre de l'*actio depensi*.

2. On peut se poser la même question pour l'*actio legis Aquiliae*. A la vérité, la solution à lui donner dépend de celle de savoir quel était le montant de la condamnation intervenant sur l'exercice d'une *manus iniectio pura*. Nous tenons cette question pour insoluble dans l'état actuel des sources. Gaius ne dit rien de ce que lui fait dire Girard, *Man.*, p. 1045, n. 3. La meilleure preuve que Gaius ne suppose pas au § 24 du com. IV, que le défendeur devenu son propre *uindex*, est tenu comme l'ancien de la peine du double, si la résistance est injustifiée, c'est qu'il ne fait même pas mention de cette peine du double contre l'ancien *uindex*. Il n'a donc pu entendre dire qu'elle avait été conservée. Pour admettre, avec Girard, comme seule différence entre la *manus iniectio* ancienne et la nouvelle, que l'on pouvait dans celle-ci *manum depellere et pro se lege agere* tandis que dans l'autre on ne le pouvait pas, il faudrait que Gaius eût pensé à préciser que le *uindex* d'autrefois était tenu du double. Or, cela nous ne le savons que par la *lex Genetivae Coloniae Iuliae*, c. LXI,

façon que celle qui concerne un *iudicatum*. Mais une parenté du *iudicatum* et du *legatum certum per damnationem relictum* ne découle pas de là. Eisele¹ a démontré que, fort probablement le paiement devait être fait *per aes et libram* par le *sponsor* au créancier, d'où le nom d'*actio depensi* donné au recours du *sponsor* contre le débiteur principal. Or, il a fallu une loi pour que la *manus iniectio pro iudicato* fût donnée au *sponsor* (Gaius, 4.22). Là est donc la preuve que l'acte *per aes et libram* était insuffisant à fonder une telle *manus iniectio*². On ne peut donc conclure du fait que le *legatum certum p. d. r.* devait faire l'objet d'une remise *per aes et libram* que cela entraînait nécessairement la mise à la disposition du *sponsor* d'une telle procédure.

La valeur de ces objections demeure très forte³. Elles ne suffiraient cependant peut-être pas à nous convaincre pleinement, s'il ne convenait point de leur ajouter une dernière considération mise en lumière par Lenel⁴. « Peu vraisemblable, écrit l'éminent romaniste, me paraît l'hypothèse que notre formule (celle de l'*actio legis Aquiliae*) ait contenu une fiction de la *legis actio per manus iniectionem*. Le fait que cette action croissait au double *aduersus infilianlem* prête quelque appui à cette conjecture (Baron, *die Conditionen*, p. 215 et s.), mais le lien de la *litiscroissance* avec cette *legis actio* n'est pas absolument certain... » et, plus loin, au sujet de l'*actio ex testamento*, il précise : « Il n'existe aucune raison de croire à une *ficlio legis actionis*

1. Beitrage, 25 et s.

2. Girard, *Man.*, p. 511, n. 2 objecte que le *sponsor* n'a l'*actio depensi* que lorsqu'il a payé sur un jugement préalable qui fonde contre lui la *manus iniectio iudicati*. Cela ne nous paraît pas démontré. Voy. ci-dessous, notre chapitre sur l'impossibilité de transiger dans l'*actio depensi*. Il nous paraît que deux hypothèses existaient anciennement au moins dans lesquelles la *solutio per aes et libram* pouvait être employée par le *sponsor*. L'objection de Mitteis garde donc toute sa valeur à nos yeux.

3. Elles n'ont pas convaincu cependant M. Senn. Cf. N. R. H. 1905. « Le *nexum*, contrat de prêt du très ancien droit romain. » C'est chez cet auteur que la théorie de la force exécutoire de la *damnatio* a trouvé son expression la plus vigoureuse et la plus claire. M. Senn affirme en effet l'existence d'une *manus iniectio per damnationem* à côté ou antérieurement à la *manus iniectio iudicati*. Cf. p. 39. Ainsi la *manus iniectio* à laquelle serait soumis le *nexus*, résulterait de la *damnatio* du *nexus*.

4. *Edictum*, p. 202 et p. 368.

per manus iniectionem; ni la *litiscroissance*, ni l'utilité attestée par Gaius 3.175 de la *solutio per aes et libram* ne donnent un appui suffisant à une telle supposition, à laquelle fait obstacle la question de l'estimation dans les legs autres que ceux d'une somme d'argent. »

Là est, à nos yeux, l'objection principale que l'on doit faire à la thèse de Rudorff et de Girard. Il n'est pas contesté que la *manus iniectio* ne pouvait être exercée que dans les cas où la créance était rigoureusement certaine, non seulement quant à son existence, mais aussi dans son montant. Or, tel ne nous paraît pas être le cas de l'obligation résultant du *damnum iniuria datum* ou du *legatum certum per damnationem relictum*¹. La suite de cette étude le démon-

1. M. Betti, dans « Le actiones ex confessione », *Atti del Reale Istituto Veneto*, 74, pp. 1458-1459, nous semble, si nous comprenons bien, avoir conçu un système original que nous ne croyons pas pouvoir accepter. Cet auteur constate que, dans le droit classique, c'est la procédure normale (?) qui est suivie *aduersus infitiantem, ex causa iudicati, depensi, legati certi per damnationem, damni iniuriae legis Aquiliae*. Or, dans les formes de la *legis actio sacramento* dont cette procédure dérivait, le procès ne pouvait être constitué que sur une *intentio certa*, destinée à permettre l'exécution par *manus iniectio* (*in ius ductio*) de la créance pécuniaire liquide *ab initio* (*iudicatum, depensum, legatum certae pecuniae*), ou à faire valoir par voie d'*in ius uocatio* une créance pécuniaire qui, à l'ordinaire était rendue liquide *in iure* par le demandeur lui-même, au moyen du *iusiurandum in litem*. Cette action pouvait être contestée soit par le *uindex* pour l'*in ius ductus* (*iudicatus is pro quo depensum est*), soit par le débiteur lui-même *in ius ductus* (*heres*) ou *in ius uocatus* (*is qui occidisse dicitur*). Quant au contraire, l'*intentio certa* par laquelle le créancier formulait sa première prétention au *simplum* n'était l'objet d'aucune controverse de la part d'un *uindex* ou par l'*in ius ductus* ou était reconnue par l'*in ius uocatus*, la *manus iniectio* suivait toujours son cours, car l'action compétant *ex confessione* — si le *confessus* ne payait pas — ne pouvait être, étant donnée la liquidité de la créance par le *iusiurandum in litem*, que la *manus iniectio* elle-même. Et, comme, d'autre part, on ne pouvait tenir compte des exceptions dilatoires que par voie de *denegatio legis actionis*, aucune procédure contre le *confessus* ne pouvait avoir lieu dans ces circonstances au temps des actions de la loi : la *Lex Aquilia*, en effet, ne parle pas d'une action autre que celle donnée contre l'*infitiatus*.

Cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être adoptée. Avant tout, la doctrine de Betti a contre elle un argument de texte irréfutable : D. 12.3.6 (Paul, l. 26 *ad ed.*) : « Alias si ex stipulatu uel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. » Il résulte de ce texte qu'il n'y avait pas de *iusiurandum in litem* dans l'*actio ex testamento* et, croyons-nous, d'une façon plus générale, dans aucune action de droit strict, sauf les hypothèses exceptionnelles où la chose avait péri par le dol du débiteur ou après une mise en demeure du défendeur. Voy. en effet, D. 12.3.5. pr., 3 et 4. Le § 3 cit. prouve que le dol seul et non la *culpa* du défendeur rendait le *iusiurandum in litem* admissible dans les actions de droit strict. Il n'y avait donc pas de

trera. Nous aurons à rechercher si le caractère de cette double certitude doit être reconnu à ces deux créances, nous déterminerons la notion du *certum* dans le legs *per damnationem* qui donnait naissance à l'action au double *aduersus infiltantem*.

Il nous suffit, pour l'instant, de relever l'insuffisance des doctrines exposées. A la différence de celle de Sell qui ne peut sérieusement viser qu'à expliquer les règles de la *litiscroissance* dans l'*actio legis Aquiliae* — sans d'ailleurs y parvenir à notre sens, — les opinions de Huschke, Rudorff et des autres demeurent sans fondement sérieux en dehors du cas du *iudicatum* et de son imitation, le *depensum*. C'est ce qu'a fort bien conçu M. Wenger¹. La théorie de la force exécutoire de la *damnatio* privée est donc en recul très marqué.

Or, si la critique récente a eu raison d'un système en apparence solidement établi et dont les points de contact avec nombres d'institutions du droit romain apparaissent à un esprit initié, que faut-il mettre à la place de l'opinion abandonnée ? Dans quelle mesure une prudente synthèse est-elle désormais concevable ? Ou, si elle est interdite, par quels faits historiques expliquer le groupement en une seule catégorie, par Gaius et peut-être par Paul, d'actions aussi différentes que l'*a. leg. Aq.* qui, disent les auteurs modernes, est pénale dans tous les cas, au simple comme au double, et des trois actions *iudicati*, *depensi*, *legati nomine* pénales seulement dans le cas de l'*infiltatio*² ?

Aussi bien des trois dissertations sur la *litiscroissance*, qui forment le point de départ d'une étude nouvelle, la plus récente a-t-elle été composée à près de quatre-vingt-dix ans de nous. Depuis 1846 que de progrès a réalisés l'é-

iusiurandum in litem dans l'*actio legis Aquiliae*. On ne peut parler, au sujet de cette dernière d'une créance liquide et certaine, rendue telle de la façon entendue par M. Betti.

1. Wenger, *Zur Lehre von der a. iud.*, p. 32.

2. Siber, *op. cit.*, p. 225; Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz*, p. 146. Cf. en outre, théorie de Pernice dans la troisième partie de cette étude.

tude du droit romain, que d'idées nouvelles sont nées, voire de méthodes dont la consécration unanime a instauré sur des bases complètement neuves les principes fondamentaux de nos connaissances ! Et cependant il est vrai de dire¹ que, dans la nouvelle littérature du droit romain, l'on s'est contenté de rendre le sens de *infiteri*, *infiliatio*, en les traduisant par « nier » et par « dénégation », sans approfondir davantage le concept auquel des auteurs plus anciens avaient réservé d'importants développements, devenus pourtant insuffisants. Dans l'état actuel des travaux concernant le droit romain, il demeure donc toujours vrai d'affirmer, avec Rotondi, que la très longue analyse de Rudorff représente la plus complète expression de nos connaissances encore actuelles sur la *litiscroissance*².

L'étude qui suit n'a pas d'autre but que de replacer dans le cadre des idées récentes un sujet sur lequel non seulement les divergences des trois auteurs anciens qui l'ont étudié, mais encore la disparition de l'hypothèse servant de principal appui à l'opinion dominante, indiquent clairement que tout n'a pas encore été dit. Quand bien même en effet la part de conjecture obligatoire inhérente, à toute tentative doctrinale, renverrait-elle les solutions que nous nous efforcerons de dégager au légitime oubli des idées mortes, ce but serait atteint si, parmi la masse sans nombre des travaux et des publications, il nous était donné de présenter, dans le domaine restreint qui sera le nôtre, un exposé fidèle de l'état actuel des recherches.

*
* *

PLAN

Notre plan sera le suivant :

Dans une première partie, nous analyserons chaque cas particulier de *litiscroissance* en suivant principalement le plan historique et dans l'ordre présumé de son ancienneté. A nos yeux, disons-le de suite, tout autre a été le dévelop-

1. Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, 1901, p. 32.

2. Rotondi, *op. cit.*, p. 423.

pement de l'institution. Mais nous nous défendons d'imposer à nos lecteurs un cadre par avance tracé. Nous entendons au contraire refaire sous ses yeux le chemin que nous avons dû parcourir et suivre ainsi une route longue sans doute et monotone, celle où tout le monde passe, après Rudorff. Nous reconnaitrons ainsi chemin faisant la voie ancienne suivie par l'évolution du droit qui, en dernière analyse, est la seule à nous intéresser.

Notre seconde partie sera consacrée à l'étude des règles internes de l'institution. Elle comprendra deux chapitres : l'un relatif à l'interdiction du pacte de transaction, dans les cas de *litiscroissance*, l'autre concernant l'exclusion de la répétition de l'indû dans les mêmes hypothèses. Nous rechercherons, dans cette partie, s'il existe, comme l'ont cru les trois auteurs anciens, un ou plusieurs critères infaillibles et rigoureux pour reconnaître l'existence en droit d'un cas de *litiscroissance*.

A l'étude du phénomène juridique de la « croissance de l'action au double *aduersus infilientem* », se rapportera une troisième partie. *En elle-même celle question n'est autre que celle des actions mixtes*. De quoi se compose en effet la condamnation au double ? Qu'est-ce que la *res* et qu'est-ce que la *poena* dans l'action à laquelle Gaïus consacre le § 9 de son quatrième commentaire ? A ce texte capital, qui domine tout le sujet, doivent être réservés d'importantes explications.

La quatrième partie formera la conclusion de tous nos développements. Nous nous demanderons ce qu'il reste, dans le présent, des opinions ou renversées ou chancelantes du passé, quelle part de vérité il convient malgré tout de leur attribuer, et, devant les vides flagrants, ménagés par la critique moderne, s'il est encore possible de toucher à l'édifice détruit, pour tenter de le relever.

CHAPITRE PREMIER

LA LITISCROISSANCE DANS L'ACTIO IUDICATI

D'après une opinion unanime le cas le plus caractéristique de la *litiscroissance* est celui du *iudicatum*; pour Sell tous les autres se sont formés à son imitation¹. Cette idée est passée, presque sans examen, dans la littérature postérieure. Rudorff consacre ainsi la première place, dans son étude, au *iudicatum* et à la *reuocatio in duplum*. Dans le même sens, M. Wenger, en des pages un peu brèves, conclut que l'application du brocard *lis infitiando crescit in duplum* à l'*actio iudicati* est à rattacher à une disposition des Douze Tables². Nous verrons enfin que la doctrine dominante, en France, est obligée de trouver dans la *damnatio du iudicatum* le modèle sur lequel ont été instituées les autres *damnationes* et leur prétendu effet exécutoire primitif duquel serait issue la *litiscroissance*.

Tout cela est inexact, à nos yeux.

La notion de l'*infiliatio* dans la loi des Douze Tables nous est rapportée par Cicéron :

De Off., 3.16.65 (Bruns, *Tab.* VI.2., p. 25) : « Cum
« ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lin-
« gua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poe-
« nam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poe-
« na est constituta. »

Il est clair qu'il est impossible de rapprocher la crois-

1. Sell, *op. cit.*, p. 45 et s. Mais c'est avec raison que Sell (p. 43) se refuse à voir dans le *iudicatum* une application d'un système remontant jusqu'aux Douze Tables.

2. Wenger, *Zur Lehre v. d. Act. Iud.*, 1901, p. 102-106 et 259.

sance au double du *iudicatum* d'un pareil concept de l'*infiliatio*. Le texte de Cicéron ne vise que les *leges mancipii* adjointes à la *mancipatio*. Il indique que la peine du double frappe celui qui contrevient à la déclaration formelle faite par lui. Ainsi entendue, l'*infiliatio* est le fait de démentir ses paroles les plus solennelles. Les *uerba nuncupata* s'opposent à la *reticentia*. Elles accentuent le caractère de gravité de l'*infiliatio*. On comprend par là que celui-ci ait été le premier senti par la conscience primitive et que la *poena reticentiae* ne soit qu'une notion postérieure.

Il a fallu toute l'imagination débordante de Huschke pour franchir l'abîme existant entre cette conception de l'*infiliatio* et le *iudicatum*¹.

Au contraire, si l'on analyse la situation du *iudicatus* ancien, une constatation frappante doit être faite et retenue. Dans la *manus iniectio iudicati*, le condamné n'a jamais² pu se défendre lui-même (*pro se agere*). Cette procédure n'autorisait que le *uim facere*³ d'un tiers, aucunement au contraire l'archaïque *infiliat ire*. Il est évident en effet que le *iudicatus* n'a pu nier, faire une *infiliatio in iure*, que le jour où il lui a été permis de *pro se agere*.

On pourrait cependant concevoir une *infiliatio* de la part du *uindex*. Celui-ci ne nie-t-il pas le droit du *manum iniciens* ? S'il succombe, parce que la *uis* a été faite par lui à tort, ne peut-on pas, par conséquent, expliquer sa condamnation au double, par l'idée de l'*infiliatio* ?

Nous ne le croyons pas.

Le sens du mot *infiliatio*, en premier lieu s'y oppose. « *Fateri* est un verbe d'état, écrivent MM. Ernout et Meillet⁴, normalement dérivé d'un nom d'agent *fat-* à « voyelle brève, cf. gr. *φατος* et *φατις*, « parole, discours » ; « l'emploi du médio-passif — du reste concordant avec celui

1. Cf. ci-dessus, p. 23.

2. Gai, 4.25 : « Sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo, pro quo depensum est... »

3. Cf. Giffard, *Leg. de proc.*, p. 36, n. 1 ; *lex col.*, Genet, *Iul.*, table I, col. 3, Bruns, I, p. 123, lin. 7.

4. *Dictionnaire étymol. de la langue lat.*, p. 320.

« de *fatur* — s'explique par le sens même du verbe, *le sujet parlant étant particulièrement intéressé à l'aveu qu'il fait.* » L'argument nous semble d'importance. L'aveu ne se conçoit que de la part de l'intéressé au fait sur lequel il porte. En sens contraire, l'*infiliatio* ne peut être que la négation que l'on fait pour soi-même, non pas pour le compte d'un tiers. Le *uindex* fait une *uis*, non pas une *infiliatio*.

En second lieu, la *manus iniectio iudicati* n'est jamais une action au simple. De deux choses, l'une : où elle suit son cours sur la personne du *iudicatus* et il n'y a alors aucune instance, aucune action n'est donnée; elle se résout en une pure voie d'exécution — ou elle est au double contre le *uindex*, dès que l'intervention de celui-ci s'est produite et quel qu'en soit le motif. Ainsi jamais un *iudicium* ou, plus exactement, un *arbitrium litis aestimandae* n'est organisé. Cela se comprend facilement : la *manus iniectio iudicati* suppose déjà, pour être exercée, une créance certaine et liquide. Or, le propre de l'action au simple est, nous le verrons, de conduire à une estimation d'un *incertum*. Aucun *incertum* n'apparaît dans cette *manus iniectio*. Aucune estimation — puisqu'elle lui est antérieure — ne s'y révèle. La *manus iniectio iudicati* exclut donc l'action au simple¹.

Au contraire qui dit *litis* croissance, dit action au simple doublée ensuite par le jeu d'un mécanisme de procédure. L'adage *lis infiliando crescit in duplum* ne se comprend que là où il existe une telle action. Cette idée ressort du sens de *crescere* qui marque avec force un accroissement et suppose par là une unité de base. Or, dans la *m. i. i.*, d'une part, le *iudicatus* était fort probablement libéré par l'intervention du *uindex*², de l'autre, l'action contre celui-ci

1. On ne saurait prétendre que la paiement du simple, auquel a pour but d'aboutir indirectement la mainmise du créancier sur le débiteur, remplit le rôle de l'action au simple ; d'abord ce n'est là qu'un moyen de contrainte, une voie de fait légalisée, non une procédure donnant lieu à l'organisation d'une instance et au renvoi devant un arbitre, comme c'est le cas de l'action au simple que nous rencontrerons plus loin; ensuite la *manus iniectio iudicati* concerne une *pecunia certa* ; au contraire l'action au simple porte toujours sur un *incertum* que l'arbitre devra estimer et rendre liquide,

2. Cf. Giffard, *Lec.*, p. 55, n. 2.

ne permettait de concevoir que l'alternative suivante : ou son absolution ou sa condamnation au double. Dans tous les cas, aucune action au simple ne se révèle à notre analyse.

Il serait superflu, semble-t-il, d'insister sur ce point. D'ores et déjà une constatation s'impose : l'adage *lis infitiando crescit in duplum* est demeuré étranger à la *m. i. i.* et à l'action contre le *uindex* sous le régime des actions de la loi. Il ne peut être rattaché, dans le cas du *iudicatum*, à une prescription de la loi des Douze Tables.

L'étude de l'*infitiatio* dans le *iudicatum* s'ouvre donc pour nous dans la procédure formulaire. Dès lors, nous diviserons ce chapitre en deux paragraphes, l'un étant consacré à la période du droit classique, l'autre à celle du droit postclassique.

§ 1. *L'infitiatio dans l'actio iudicati.*

Il faut tenir aujourd'hui pour acquis qu'une action au simple était donnée, dans la procédure formulaire, contre le *iudicatus* qui faisait une *confessio*¹. Mais quand en était-il ainsi ? Dans quels cas, au contraire, ce *iudicatus* s'exposait-il à la peine du double ? Tenter de répondre à ces questions revient à essayer de définir, dans le cas particulier de ce chapitre, l'*infitiatio* elle-même.

C'est en effet à l'époque classique que Gaius enseigne que, par l'*actio iudicati*, l'on poursuit à la fois la *res* et la *poena*. Celle-ci est, comme l'a démontré M. Wenger, non pas la conséquence d'une seconde condamnation du *iudicatus*, mais celle de l'*infitiatio*; d'où il déduit avec raison qu'il n'y aura pas de *poena*, là où il n'y aura pas eu *infitiatio*.

La discrimination de l'action — au simple ou au dou-

1. Nous faisons allusion aux démonstrations de Wenger, *op. cit.*, pp. 27 et ss.; Thomas, *R. H. D.*, 1903, pp. 586 et s. et Declareuil, *cod. loc.*, pp. 599 et s. Comp. Costa, *Il profilo storico*, p. 81. A nos yeux, il faut tenir pour acquise la principale conclusion de Wenger : l'*infitiatio* est la base essentielle de la *litis crescit*. C'est à elle que les textes rattachent toujours la condamnation au double. Il est inutile d'insister désormais sur ce point.

ble — à donner dans chaque cas particulier repose sur la distinction des hypothèses différentes où le *iudicatus* nie la dette ou, sans la nier, fait échec à son adversaire par un moyen équivalent à une véritable négation et rentrant, à ce titre, dans le concept juridique de l'*infinitio*. Il nous faut donc examiner successivement toutes ces éventualités.

On comprend la gravité toute particulière d'une action survenant après une décision du juge. Le droit rendu certain et liquide était remis en discussion. Mieux : il devait être détruit par l'effet extinctif de la nouvelle *litis contestatio*.

Aussi l'unanimité s'est-elle faite depuis longtemps pour affirmer que la nouvelle contestation ne pouvait porter, dans une organisation judiciaire qui ignorait l'appel, que sur la négation de l'existence de fait ou de droit¹ du *iudicatum*. Dans ces deux hypothèses, l'action était au double².

Sans doute la question de cette existence de fait devait-elle ne se poser que rarement dans la pratique³.

Il n'en était pas de même certainement pour celle touchant la validité du jugement. Les auteurs allemands voient ici un pourvoi en cassation (*Nichtigkeitsbeschwerde*) et la plupart d'entre eux sont naturellement conduits à distinguer entre deux hypothèses :

1° Celle du pourvoi défensif, c'est-à-dire de l'*infinitio* proprement dite, se produisant dans le cours de l'exercice par le créancier de l'*a. iudicati*;

2° Celle du pourvoi offensif où le *iudicatus* prend lui-même l'initiative d'attaquer la décision du juge.

La question de l'existence de cette dernière procédure,

1. Nous empruntons ces expressions à la terminologie en usage dans la littérature allemande. Cf. Wenger, *A. Iud.*, p. 35; *Inst.*, p. 201 et 202; Lenel³, p. 445-446.

2. Signalons cependant la vieille controverse de Sell, *op. cit.*, p. 234, et Rudorff, *op. cit.*, p. 315 et s., à propos de *Cic. pr. Flac. c.*, 21 : « Frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit, ut si iudicatum negaret, in duplum iret », controverse résolue à l'avantage de Rudorff. Cf. en outre, Perrot, *l'Appel dans l'ordo*, thèse, Paris, 1907, p. 17, n. 4. Nous savons aujourd'hui que la condamnation au double ne dépendait pas de l'organisation d'un nouveau *iudicium*, mais de l'*infinitio* seule du défendeur.

3. Ce pouvait être le cas où le prétendu jugement n'était que la sentence d'un *arbitr ex compromisso*, ex. cité par Wenger.

après avoir été exclue par M. Wenger de son étude sur l'*actio iudicati*, a été récemment posée par lui¹. Mais la *reuocatio in duplum* est attestée par différents textes². Certes cette expression peut s'entendre aussi bien des deux pourvois. Elle semble cependant indiquer une distinction entre eux, le nom de *reuocatio* paraissant bien se rapporter à l'hypothèse d'un pourvoi offensif et les textes juridiques distinguant nettement les deux cas³.

Cette question n'a d'intérêt que du point de vue de la procédure et est d'ailleurs insoluble dans l'état actuel des sources. D'autre part la *reuocatio in duplum* étant fondée sur l'*infinitio du iudicatum*, il nous semble plus simple de ne point la séparer, dans notre étude, de l'*actio iudicati*⁴.

Ainsi, le *iudicatus* pouvait soutenir que le jugement était nul, ce qui se produisait sans doute à l'occasion du manque de précision de la sentence (Ulp. D. 42.1.59.2., Gord. C. 7.46.3.), de l'incompétence du magistrat ayant institué le juge (Pap. D. 49.1.23.1.), l'incapacité du juge (Paul, D.5.1.12.2), l'absence d'un récupérateur (Cels. D. 42.1.39), la violation de la loi (Mod. 49. 1.19)⁵.

Que la contestation portât sur l'inexistence du jugement ou sur sa nullité, la question posée était celle du *iudicatum sit necne* :

1. Wenger, *op. cit.* p. 36 et *litt.* au n° 29 à compléter par Lener³, p. 445, n. 4. Voy. Wenger, *Inst.*, p. 202, n. 15 et p. 220, n. 27. L'auteur fait valoir que le pourvoi en cassation semble douteux pour la raison qui a fait rejeter la *condicio indebiti*. Cf. D. 17.1.29.5 qui, dit Wenger, est certainement interposé (Gradenwitz, *Intp.*, p. 35; Lenel, *Pal.*, Ulp., 130, n. 4), mais fait néanmoins mention d'une règle vraie pour le droit classique.

2. Cf. Lenel³, p. 445.

3. Paul, *sent.* V, 5 a, § 7 et 8, ci-dessous, p...

4. Cf. Merkel, *Appellation*, p. 27-29, pour qui le pourvoi offensif est « l'envers » de l'*a. iudicati*; Rüdorff, *op. cit.*, p. 313, qui entend la *reuocatio in duplum* aussi bien du pourvoi défensif que du pourvoi offensif.

5. Cuq, *Man.*, p. 907, n. 7 : sur la nullité du jugement, cf. Bethmann-Hollveg, *C. P. 2*, § 118, p. 720; Bekker, *Akt.* 2, p. 185, n. 36; Wach, *Handb. des deutschen civilpr.* 1, § 19, n. 18, p. 226. C'est avec raison que M. Wenger fait remarquer que Macer, au D. 49.8.1. pr., traite avant tout d'une nullité de droit, car un jugement nul n'a aucune existence. M. Wenger pense d'ailleurs avec Eisele (ci-dessous, p. 51 note 1 et *Abhandl.* 2, p. 177, que le fr. de Macer se rapporte d'ailleurs à la *cognitio extra ordinem*. V. en outre, Sclewalgach, *S. Z.* 7.133.

D. 2.15. de transact. II (Ulp. liv. 4 ad ed.)... « tamen
« si negetur iudicatum esse uel ignorari potest an
« iudicatum sit... »

D. 12.6 de cond. indeb. 23.1 (Ulp. liv. 43 ad Sabin)...
« quid ergo si appellatum sit uel hoc ipsum incertum
« sit, an iudicatum sit uel an sententia valeat? »

D. 49.8. quae sent. I pr. (Macer, liv. 2 de appellat.) :
« Illud meminerimus : « si quaeratur, iudicatum sit
« nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudica-
« tum pronuntiauerit : licet fuerit iudicatum, rescin-
« ditur, si prouocatum non fuerit. »

Ainsi, il importait peu que la sentence attaquée existât ou non. Dans les deux hypothèses, la nouvelle décision du *iudex* — qui était le juge ordinaire — établissait seule le nouveau fondement du droit entre les parties¹.

Une troisième éventualité pouvait se produire : le défendeur devait prétendre, dans certains cas, qu'il avait payé et que la dette *ex causa iudicati* était éteinte. Nous trouvons trace de cette éventualité dans la formule solennelle de la *m. i. i.* chez Gaius 4.21².

Enfin la procédure formulaire connaissait un certain nombre d'*exceptions* totalement inconnues de l'ancienne.

1. La question du *iudicatum sit nec ne* pouvait être posée aussi bien par le demandeur que par le défendeur, celui-ci en faisant une *infinitio*, celui-là en recommençant le procès, lorsqu'il avait été débouté, et en faisant échec à l'*exceptio rei iudicatae* en soutenant qu'aucun jugement n'avait été rendu ou que celui-ci était nul. Quant à la *reuocatio*, M. Lenel³ pense que la procédure s'engageait par un *praeiudicium an iudicatum sit* joint à une *sponsio poenalis* en s'appuyant sur la *scholie* de Bobb. sur *Cic. pr. Flacc.* précit. : *in duplum iret, dupli sponsonem faceret*. Cf. *Edictum*, p. 446 et n. 3 et 5, là-dessus Perrot, *op. cit.*, p. 23; Rudorff, *op. cit.*, p. 317, voyait ici avec Bynkerskook, *Obs.* VI, 10, une formule *in factum* précédée d'une *sponsio praeiudicialis* à laquelle ferait allusion le verbe *pronuntiauerit* dont s'est servi Macer, D. 49.8.1 pr. *supra*. Nous sommes réduits sur ce point à de pures conjectures. Voy. Lenel³, p. 446, n. 2, pour qui il est douteux que D. 2.15.11 et 49.8.1 pr. se rapportent à la *reuocatio*, Eisele ayant soutenu avec vraisemblance que ces textes concernent la procédure extraordinaire. Quant à l'hypothèse où le demandeur succombait parce que le jugement était nul et où l'on peut se demander si son droit déduit lui était rendu, voy. Lenel³, *ibid.*, et surtout Perrot, *op. cit.*, p. 23, dont l'opinion nous semble pouvoir être admise.

2. *Quod... quando non soluisti...* Ce cas d'*infinitio* est à retenir : il permet d'entrevoir la raison pour laquelle la *solutio per aes et libram*, avec son appareil de publicité, a été exigé anciennement, non pas pour une simple remise de la dette, mais pour la validité du paiement du *iudicatum*.

Or, si les trois hypothèses analysées jusqu'ici — négation de l'existence de fait et de droit du *iudicatum* et extinction de l'*a. iudicati* par un paiement régulier — rentraient bien dans la notion de l'*infiliatio*, lorsque c'était sans droit que le *iudicatus* s'était placé dans l'une ou l'autre d'entre elles, il était plus difficile de distinguer les exceptions équivalentes à une négation de la dette.

Le *iudicatus* pouvait en effet réclamer l'insertion dans la formule de l'action de droit strict qu'était l'*a. iudicati* d'une exception. Dans quelle mesure, ce faisant, commettait-il une *infiliatio* ? Encourait-il, dans tous les cas, une condamnation au double ? Un texte nous offre la solution de ces questions :

D. 44.1. de except. 2. § 4 (Ulp. liv. 74 ad ed.) : Sane
 « solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias,
 « quasdam peremptorias : ut puta dilatoria est excep-
 « tio, quae differt actionem, ueluti procuratoria
 « exceptio dilatoria est : nam qui dicit non licere pro-
 « curatorio nomine agi, non prorsus litem infitatur,
 « sed personam euitat¹. »

Il convient de bien comprendre ce texte.

Les Romains, dit M. Wenger, recherchaient avant tout, quel était le but poursuivi. L'exception admise devait-elle conduire le défendeur à l'absolution : alors elle était bien celle qui, dans le fr. cité, constituait une véritable *infiliatio*, car elle n'était, « sous un autre vêtement de procédure » rien d'autre qu'une dénégation de la dette issue du *iudicatum*. C'est pourquoi Ulpien aurait dit avec raison que les exceptions péremptoires avaient le sens de la *litis infiliatio*.

Sur cette base — que nous allons démontrer erronée —

1. Comp. Gaius 4. 121, 122. Sur ce texte, voy. Betti, *Le actiones ex confessione in iure del processo romano classico*, dans *Atti del Reale Istituto Veneto*, anno 1914-1915, t. 74, parte seconda, p. 1453 et les nombreux exemples d'exceptions péremptoires cités par le distingué professeur à la note 2. Voy. aussi l'article de Kipp, *ZS.* 42 (1921), p. 328 et ss. et la note 2 de la page 328, ainsi que la note 6 de Lenel, *Paling. Ulp.*, 1650, pour qui Ulpien ne pouvait pas ne pas faire mention de l'*exceptio cognitioria*, au texte ci-dessus, à côté de l'*exceptio « procuratoria »*.

M. Wenger édifie une théorie d'une logique impeccable, acceptée sans objection par M. Declareuil¹. Examinant successivement, dans une série de paragraphes distincts, les diverses exceptions ou prétendues telles dont les sources font mention à propos de l'*a. iudicati*, il n'a aucune peine à prouver l'absurdité de certaines hypothèses de condamnation au double. Dans tous les cas où le défendeur, sans nier, le principe de la dette, se plaçait seulement sur le terrain de l'*incertum* de cette obligation, la discussion nouvelle ne portait que sur une simple évaluation, par exemple sur le *id quod debitor facere potest* ou le *dumtaxat de peculio*. Or, même s'il l'emportait, le débiteur n'était pas moins condamné de nouveau. Il eût été injuste qu'il ne fût pas condamné *in simplum*, car la *liliscroissance* était la conséquence d'une *infilialio* malheureuse, une *poena temere liligantis* et celui qui triomphait sur son opposition n'était pas un plaideur téméraire. De plus, il serait absurde que le juge tout en admettant le bénéfice de compétence invoqué par le mari condamné à la restitution de la dot par suite d'une ignorance du juge dût être obligé à payer le double.

Si nous citons cet exemple, c'est qu'il est particulièrement délicat et que la solution dégagée par M. Wenger doit mettre en défiance tous ceux qui ne peuvent se résoudre à admettre l'effet minutoire, en droit classique, de l'exception et, plus particulièrement, de l'exception de dol. Le fr. invoqué par M. Wenger est :

D. 24.3. sol. matr. 17. § 2 (Paul, l. 7 ad sab.) : « Si
« in iudicio [dotis] iudex ignorantia iuris lapsus con-
« demnauerit maritum in solidum, Neratius Sabinus
« doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tu-
« tum fore². »

C'est donc par l'intermédiaire de l'*exceptio doli* que le mari eût fait valoir ici le bénéfice de compétence. Ainsi

1. Cf. Wenger, *Actio iudicati*, pp. 31 à 96; Declareuil, *R. H. D.*, 1903 p. 597.

2. <*rei ux oriae*>, Lenel, Paling. 1766. Ce texte est cité par M. Wenger, p. 43 et étudié aux pp. 52 et ss. Cf. sur ce texte Levet, *Le Bénéfice de compétence*, thèse, Grenoble, 1927, p. 174.

entendue, la question se ramène comme l'a fort bien compris M. Wenger, à rechercher si l'*exceptio doli* pouvait n'être pas, dans tous les cas, rigoureusement absolutoire, en droit classique.

Remarquons par ailleurs que d'autres textes, tels D. 14 5.5. pr., D. 42.1.41.2., D. 39.5.33. pr. et 2 visent le bénéfice de compétence opposé à l'*actio iudicati*, comme D. 15.1.3. § 11, D. 15.3.10 concernent l'*exceptio de peculio* ou de *in rem uerso* du *pater* poursuivi par l'*a. iudicati* à la suite du *iudicatum* prononcé contre le fils, mais tous ces textes ne concernent pas à proprement parler une exception. Bien que le bénéfice de compétence soit parfois inexactement dénommé ainsi¹, il est unanimement reconnu aujourd'hui² qu'il ne constituait pas une véritable exception, la clause de la *condemnatio dumtaxat in id quod facere potest* étant une *Beschränkung*, *nicht eine Bedingung des Urtheils*. Il en est de même de la prétendue *exceptio de peculio* ou de *in rem uerso*³.

On doit en outre concéder à M. Wenger que, dans le cas du rescrit de Caracalla au C. 1.18.1., le soldat n'encourait qu'une condamnation au simple. Il en est de même de celui où le défendeur opposait une simple exception dilatoire, telle l'*exceptio cognitoria*. C'est ce que nous dit le fr. d'Ulpien ci-dessus.

Mais il faut se garder d'aller plus loin. Notre texte ne concerne que l'exception *péremptoire* assimilée par lui à l'*infiliatio* et l'exception dilatoire qui, selon lui, ne constituait pas une *infiliatio*. Cela se comprend très simplement, mais non pas, comme le pense M. Wenger, parce qu'il faut s'attacher au but de l'exception et au résultat auquel elle conduirait, si elle était admise, mais parce qu'à l'époque d'Ulpien, il n'est, pour nous, pas douteux — et nous

1. Cf. D. 44.1.7 pr.; D. 46.2.33, et Biondi, *Iudicia bon. fid.*, I, p. 43, et sur lui, Wenger, *Instit.*, p. 148, n. 59.

2. Cf. déjà Pernice, *Labeo*, 2. 1, p. 264, n. 1 et sur lui Wenger, *A. Iud.*, p. 51; voy. aussi, Girard, *Man.*, pp. 1098-1099.

3. Cf. Lenel³, p. 280 et texte cité D. 15.1.30 pr. d'où il ressort avec certitude qu'il n'était question de la consistance du pécule et de l'*in rem uersio* que dans la *condemnatio* de la formule.

le verrons plus loin — que l'élément intentionnel de l'*infiliatio*, l'*infiliandi animus*, était déjà reconnu et exigé. On tenait compte alors de l'intention mauvaise d'échapper à l'*obligatio iudicati* et c'est ce que nous paraît exprimer la phrase : *nam qui dicil non licere procuratorio nomine agi, non prorsus lilem infiliatur, sed personam euilal*.

La théorie de M. Wenger revient en effet à confondre l'exception absolutoire avec l'exception péremptoire¹. Et c'est sur ce fondement erroné que l'auteur a construit le système qu'il a toujours maintenu et que l'on trouvera exposé dans ses *Institutionen*² sur l'effet minutoire de l'exception en droit classique, notamment de l'exception de dol, dont il croit voir une application *certaine* au fr. ci-dessus du D. 24.3. sol. matr. 17 § 2. Là se trouve sans doute le seul argument sérieux de l'auteur. Car il est évident que les *exceptiones S. C. Macedoniani* ou *Velleiani* constituaient bien par elles-mêmes une *infiliatio* : elles répondaient au type le plus certain de l'exception péremptoire. Il en était de même dans les nombreux cas étudiés par M. Wenger, où l'exception de dol non admise entraînait la peine du double³, parce qu'elle mettait à la charge de celui qui l'avait

1. Voy. une objection de M. Thomas, *N. R. H.*, 1903, p. 584, n. 2.

2. P. 148 et n. 59. Voy. en sens contraire et à juste raison, la dissertation de Betti, « Le actiones ex confessione », *Atti. Venet.*, 74, pp. 1456-1457 et notes 1 et 2, dont nous approuvons, sur ce point, l'opinion.

3. Le premier cas consistait à opposer à tort l'exception de dol pour parvenir à la compensation. En principe, l'auteur suit sur ce point l'opinion de M. Appleton (*Hist. de la compens. en dr. rom.*, Paris, 1895, et plus particulièrement, chap. IV). Reproduisant le texte célèbre de Macer, au D. 49.8, *quae sent.*, I, § 4, il raisonne sur un exemple (pp. 73-75). L'exception de dol non admise, conclut-il, exposera à la peine du double, car elle aurait eu un effet absolutoire. Le succombant aura en définitive nié sa dette issue d'un précédent *iudicatum*. Il en est de même dans le cas de D. 44.4.9 (p. 75). Si le *cognitor* a accepté de l'argent pour se laisser condamner et qu'il agisse contre le maître de l'affaire par l'*actio iudicati*, celui-ci aura l'exception de dol, mais s'il succombe, il aura commis aussi une *infiliatio* et sera condamné au double. Toujours dans le même sens, l'auteur étudie D. 26.7.25 et D. 27.3.20, § 1. Si un mineur assisté par ses curateurs poursuit ses anciens tuteurs par l'*a. tutelae* et que par la faute des premiers le procès se termine à son désavantage, deux éventualités lui sont ouvertes : il peut demander la restitution et plaider de nouveau contre les tuteurs ou poursuivre les curateurs « in id quod sua intererat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse », auquel cas il ne perdra cependant pas le droit d'obtenir la restitution. Mais si les curateurs ont été condamnés, ils peuvent opposer à l'*actio iudicati* du mineur une exception de dol pour le contraindre à leur céder

invoquée à tort une intention mauvaise. Mais s'il fallait admettre que cette exception n'avait point, dans un cas au moins, un tel effet et qu'elle conduisait à une diminution de la condamnation précédemment encourue, la règle de l'effet absoluire de l'exception en droit classique serait emportée. L'interprétation que nous présentons de D. 44. 1.2. § 4 détruit la confusion de l'effet absoluire et de l'effet péremptoire de l'exception. Ulpien a simplement entendu dire que le fait d'opposer une exception dilatoire ne révélait pas, chez le défendeur, la volonté d'échapper pour toujours à son obligation. Remarquons en effet que le jurisconsulte n'a rien dit du cas où une telle exception pouvait être reconnue fondée. Il n'a envisagé que l'hypothèse où, au contraire, l'exception était rejetée par le juge. *La condamnation au simple n'était donc pas pour lui la conséquence de l'admission de l'exception.* Il se contentait de dire qu'aucune *infiliatio* n'était contenue dans une exception dilatoire invoquée à tort. Il est par conséquent

l'action contre les tuteurs. Opposée à tort, cette exception doit être entendue, selon M. Wenger, comme une véritable *infiliatio* et conduire à une condamnation des curateurs au double. Enfin, l'on peut dégager une autre espèce d'*infiliatio*, à l'occasion d'un rescrit de Caracalla, *C. de re iud.*, 7.52.1. Le *casus* est le suivant : une chose a été volée entre les mains du commodataire qui, poursuivi par le commodant, a été condamné, mais avant l'exécution du jugement le commodant rentre fortuitement en possession de cette chose : le commodataire aura l'*exceptio doli* qui le conduirait à l'absolution si elle était admise et qui, rejetée, l'exposera à la peine du double. La même solution doit être dégagée dans le cas où le défendeur à l'*a. iudicati* présente l'*exceptio iuris iurandi* (D., 12.2.28, § 7, Paul, lib. 18, *ad ed.* et *eod.*, § 8). Il s'agit évidemment d'un *iusiurandum uoluntarium*. Le défendeur prétend avoir juré *se non esse condemnatum*. Il sera défendu soit par la dénégation de l'action au demandeur, soit par l'insertion de l'exception et non seulement contre une nouvelle *actio iudicati*, mais encore contre l'*actio ex stipulatu* au cas où il se serait conformé à l'exigence de la *cautio iudicatum solui*, parce que le *condemnatum esse*, dit M. Wenger (p. 83), est la condition du *dare oportere* de la stipulation. Que si l'exception a été opposée à tort, le défendeur subira la peine du double. Mais il faut bien distinguer de cette hypothèse celle où les parties se sont mises d'accord sur le serment à prêter par le demandeur, exonérant celui-ci du fardeau de la preuve (D., 12.2.30, pr.), hypothèse sur laquelle nous reviendrons plus loin et à laquelle M. Wenger assimile celle d'un serment nécessaire qu'il admet dans l'*actio iudicati*, sur le fondement des critères dégagés par Demelius (*Schiedseid*, p. 58 et ss.) du *iusiurandum necessarium* dans l'*a. certae creditae pecuniae* et la *condictio triticaria*. Les sources ne fournissent d'ailleurs pas de solution en pareille matière, car elles ne traitent, au sujet de l'*a. iudicati*, que du *iusiurandum uoluntarium*.

interdit de tirer de ce texte un argument en faveur de l'effet minutoire, en droit classique, d'une exception quelconque, aussi bien dilatoire que péremptoire¹.

Ainsi l'exception péremptoire² seule était assimilée à l'*infiliatio* et si les classiques distinguaient à ce point de vue entre elle et l'exception dilatoire, ce n'était nullement parce qu'elle avait un effet absoluire, à la différence de celle-ci, mais parce qu'ils discernaient déjà un élément subjectif de culpabilité.

Telles sont les quatre hypothèses dans lesquelles les Romains voyaient une *infiliatio*. Nous les avons analysées une fois pour toutes, car il est évident qu'elles pouvaient se retrouver à propos de chaque cas de *litiscroissance*.

Remarquons enfin qu'aucune *infiliatio* n'est possible après une *confessio*. Cela va de soi et c'est, croyons-nous, en appliquant cette idée très simple que les *Sententiae Receptae* nous exposent que le défendeur, qui a fait une *confessio*, ne peut plus intenter la *reuocatio in duplum* :

Sent. V. 5. a § 5. : « Confessionem suam reus in duplum reuocare non potest ».

Il n'est pas besoin de consacrer, comme on a tendance à le faire, de longs développements à cette règle de bon sens³.

1. Quant à l'interprétation que M. Wenger donne de D., 24.3.17.2, elle ne saurait prévaloir contre l'argumentation de Girard (*Man., loc. cit.*, et les textes cités). Le rapprochement fait par M. Wenger de ce fr. et de D. 44.1.22 pr., qui émane aussi de Paul et où les partisans de l'effet minutoire voient leur principal appui, est en lui-même dénué de toute signification certaine. On peut très bien concevoir, dans l'hypothèse dans laquelle M. Wenger se place pour déclarer qu'il serait aussi absurde de faire perdre à la femme, par l'effet absoluire de l'exception, tout ce qui lui revenait au titre du *iudicium dotis*, que de condamner le mari triomphant, la même division de l'*a. iudicati* que celle indiquée par lui en matière de compensation (p. 74). Ainsi, le mari était simplement exécuté sur ses biens actuels et, en cas d'insuffisance de ceux-ci et d'une *actio iudicati* postérieure de la femme, l'exception de dol, avec son effet absoluire, était insérée dans la formule.

2. Cf. Gai., 4.121. Nous réservons la question de l'*exceptio pacti conuenti*. Cf. plus loin, notre chap. sur la règle « in his causis, quae infiliatioe duplantur, ex pacto decidi non potest ».

3. Longs développements dans Rudorff, avec litt. de l'époque. Cf. *op. cit.*, p. 349 et s.; Savigny, *System*, 3, p. 373; Wenger, *Inst.*, p. 218, n. 23. Il est illogique de restreindre le sens des *Sent.* à l'hypothèse du pourvoi offensif du *confessus* et d'admettre la solution contraire pour celle du pourvoi défensif.

De deux choses l'une en effet : ou la *confessio* a porté sur une *certa pecunia* et la question d'une *reuocatio in duplum* postérieure ne se pose pas. En ce sens, la *confessio in iure* a plus de force que le *iudicatum*, car elle est consacrée sur le champ par un décret du magistrat qui est un acte définitif, tandis que le *iudicatum* n'est que la décision d'un juré, non encore entérinée par l'autorité publique. Ou la *confessio* a été *incerti*, mais il n'en reste pas moins vrai qu'un aveu de principe a été fait et cet aveu ne saurait en aucun cas¹ être plus mal traité que l'aveu extrajudiciaire².

Quant à la *confessio* sur l'*a. iud.*, elle est en principe toujours une *confessio certae pecuniae*, car elle se produit, à l'époque classique, sur une créance certaine et liquide, résultant de la condamnation pécuniaire. Elle ne peut être *incerti* que dans certains cas exceptionnels ci-dessus analysés : lorsque le défendeur invoque qu'il n'est tenu que de *peculio* ou de *in rem uerso* par exemple.

§ 2. Le droit postclassique.

Quelle a été la destinée de l'institution dans le droit postclassique ?

Rudorff pensait que l'*actio iudicati* n'avait pas disparu avec la procédure formulaire, mais que la *cognitio extra ordinem* avait laissé de côté, en ce qui la concernait, la *lilis-croissance*³. Le seul recours contre le jugement, dit-il, demeura l'appel auquel il faut adjoindre un simple pour-

1. Sauf toutefois erreur de fait, si l'on admet avec M. Puschel, *Confessus pro iudicato est*, pp. 228, 235, 262, 275, et ss., 289, suivi par M. Wenger, *Inst.*, p. 112, n. 60, que les règles de la *confessio ex lege Aquilia* doivent être étendues à toute *confessio incerti*, voy. littérat. récente dans Wenger, *ead. loc.*, et sur la *confessio incerti*, Betti, l'« Effetto della confessio et della infitatio certae pecuniae nel processo civile romano », *Atti R. Accad. Torino* (1914-1915), p. 707 et ss., et « Le actiones ex confessione in iure del processo rom. clas. », *Atti R. Ist. Ven.*, 74 (1914-15), p. 1472 et ss., sur la *confessio*, Lenel³, p. 410 et 413.

2. C. 4.30.13 : « Nimis indignum iudicamus, ut, quod sua quisque uoce dilucido protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere ».

3. Rudorff, *op. cit.*, pp. 320 et s.

voi en cassation libéré de toutes restrictions. Et cet auteur réfutait l'opinion contraire de Sell¹, qui s'appuyait principalement sur :

D. 46.3. de solut. 7 : « Si quid ex famosa causa et
 « non famosa debeatur, id solutum uidetur, quod ex
 « famosa causa debetur. proinde si quid ex causa iudi-
 « cati et non iudicati debetur, id putem solutum, quod
 « ex causa iudicati debetur et ita Pomponius probat.
 « ergo si ex causa quae infitiatione crescit uel poenali
 « debetur, dicendum est, id solutum uideri quod poe-
 « nae habet liberationem. »

Lorsque le débiteur, lors du paiement, ne précisait pas la dette dont il entendait se libérer, c'était, comme de nos jours, la dette la plus onéreuse qui était tenue pour éteinte. Comme telle, celle née du jugement devait l'emporter sur une autre non encore consacrée judiciairement. Sell croyait trouver dans la *liliscroissance* le motif de l'application de la règle au *iudicatum*. Il alléguait qu'Ulpien assemblait cette dette et les cas de *liliscroissance* par le mot *ergo*. Ce peut-être là, nous le savons aujourd'hui, un critère d'interpolation², mais nous ne le tenons pas pour certain. En tous cas, la réfutation de Rudorff mérite d'être retenue. L'argument de Sell, dit-il, ne serait juste que si les cas de *liliscroissance* étaient visés en premier lieu au texte et que la dette du *iudicatum* vint ensuite comme une application de l'idée générale les concernant. Mais c'est le contraire qu'il faut constater. Dans le développement logique, la dernière phrase n'a pas de rapport causal avec celle du milieu. Le caractère onéreux du *iudicatum* résidait aussi bien, en droit classique, dans le fait que l'*infiliatio* le faisait croître au double que dans l'infamie résultant de la *proscriptio* et dans le caractère exécutoire immédiatement du jugement. Il n'est donc pas besoin d'expliquer le fr. par le maintien de la *liliscroissance* à l'époque de Justinien, les deux autres considérations demeurées toujours vraies suffisant à cela.

1. Sell, *op. cit.*, p. 30-31.

2. Cf. Guarneri-Citati; *Iudice*; p. 34 et *litt. cit.*

Il est par ailleurs certain que, dans les compilations, tout ce qui concernait l'*infiliatio iudicali* a été supprimé : les *Institutes* (4.6.19) ne font plus mention de l'*a. iudicali* parmi les actions à *litis*croissance qui demeurent de la liste ancienne de Gaius (4. 9.). Nous croyons de même qu'au D. 5.3. de hered. pet. 20.4., l'*actio iudicali* dont Ulpien (lib. 15 ad ed.) faisait mention à côté de l'*a. leg. Ag.*, parmi les actions *quae infitiatione crescunt*, a été biffée par les compilateurs, ce qui ressort du § 5 suivant où il est question d'elle. Nous étudierons d'ailleurs plus loin ce texte. Nous verrons aussi qu'au Bas-Empire il est de règle générale de rattacher la *litis*croissance à la loi Aquilia et l'on aura plus d'une fois l'occasion de constater, à la lecture de cette étude et des textes reproduits ou cités, que l'*a. iudicali* a été volontairement rayée de la liste des actions croissant au double *aduersus infilientem* dans les compilations. Mais il faudrait se garder de croire que certaines des conséquences présumées de la *litis*croissance ont été également abrogées d'un trait de plume par les gens de Tribonien. Ainsi la règle du rejet de la *condictio indebiti* est toujours affirmée au Code et au *Digeste* (C. 4.5. de cond. indeb. 1 et 4. 31 de compens. 2., D. 5.1 de iud. ub. quisq. ag. 74.2., 10. 2. fam. erc. 36, etc...), tandis que celle de l'exclusion du pacte, qui paraît avoir été volontairement supprimée dans l'hypothèse du *iudicatum* par les rédacteurs du Code, comme il résulte de la comparaison de *Consultatio* 9. 14 avec C. Just. 2. 4. de transact. 12, est nettement conservée au *Digeste* et reparaît dans les Basiliques (D. 12.6.23.1 par ex. et Bas. XXXVIII.15.III, Heimbach, 3. p. 782, sc. 2), malgré l'éclipse qu'elle subit également au D. 2.14. de pact.7.13. Il semble que ces deux règles ont désormais des destinées indépendantes de la *litis*croissance. Nous les étudierons dans des chapitres distincts.

Le texte, dans lequel Sell croyait voir le maintien de l'institution dans l'*a. iudicali*, écarté, il ne reste donc plus rien¹ qui permette de croire à la survivance de l'*a. iudicali*

1. Sell croit pouvoir expliquer l'omission de l'*a. iudicali* dans la liste justinienne des actions à *litis*croissance par le fait que la négation du juge-

au double sous Justinien. Mais depuis quand en est-il ainsi ?

M. Wenger affirme l'existence d'une *actio iudicati* dans la procédure extraordinaire et jusque dans le droit de Justinien¹. Elle relèverait tout simplement de la *cognitio* du magistrat, mais aurait conduit, au cas où le débiteur contestait la validité du jugement sur le fondement duquel le créancier l'introduisait, à un nouveau procès qui *probablement* déjà dès les débuts de la *cognitio extra ordinem*, en tous les cas *certainement* dans le droit de Justinien, se distinguait de l'ancienne action formulaire par la suppression de la *litiscroissance*. Sans doute, dit l'auteur, il est impossible de prouver par les sources que la *litiscroissance* ait trouvé accès dans la procédure de la *cognitio*, mais cela est très vraisemblable².

A vrai dire cependant M. Wenger signale une espèce où il croit bien trouver la trace du passage de la *litiscroissance* dans la *cognitio extraordinaria*. Il cite le rescrit de Caracalla, auquel nous avons déjà fait allusion³ :

C. de iur. et fact. 1.18.1. Imp. Antoninus A. Maximo militi, a. 212 : « Quamuis, cum causam tuam age-
« res, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae
« militiae adlegationes competentes omiseris, tamen si
« nondum satisfacisti, permitto tibi, si coeperis ex
« sententia conueniri, defensionibus tuis uti. »

Le privilège octroyé par l'Empereur n'en serait plus un si le soldat devait payer du double l'usage à lui concédé d'opposer sur l'exécution du jugement les défenses et les exceptions qu'il eût pu, sans encourir le double, opposer dans l'instance précédente. Il faut donc concevoir ici une condamnation au simple. D'autre part, le rescrit

ment serait devenue plus rare depuis que les sentences ne devaient plus être orales (C., 7.44, *de sent. ex peric.*, 1.3 et 7.45 *de sent.*, 6, Nov. 17, c. 3), sauf dans les causes peu importantes du menu peuple, car nous avons vu que cet auteur restreint l'*injunctio* à la dénégation de l'existence de fait du jugement. Rudorff répond avec raison que les motifs de nullité ont dû augmenter, au contraire à cause de l'ordre de rédaction écrite.

1. Wenger, *Inst.*, p. 301, *A. Iud.*, pp. 223 et ss.

2. *A. Iud.*, p. 230-231 et 259, et *Inst.*, p. 298-300, n. 44.

3. Ci-dessus p. 53 et Wenger, *A. Iud.*, p. 3229 et s.

ne se comprend que comme une faveur faite au soldat vis-à-vis duquel on a remarqué les sollicitudes particulières de Caracalla¹. Et l'idée d'une faveur n'est-elle même compréhensible que si la règle était, en pareille hypothèse, d'écarter la condamnation au double, *propter simplicitatem armatae militiae*.

Bien que l'on ait, avec raison, écrit que ce rescrit se rapportait à la procédure extraordinaire², nous ne croyons pas cependant qu'il convienne de lui attribuer une importance trop grande. Il serait audacieux de conclure de ce seul texte que l'*a. iudicali aduersus infitiantem* est passée dans la procédure *extra ordinem*. M. Lenel a par ailleurs maintenu dans la troisième édition de son *Edictum* que la sentence rendue *extra ordinem* ne donnait pas naissance à une *actio iudicali* proprement dite³. On tient en effet unanimement l'*a. proiudicali* de D. 2.14. de pact. 7 § 13 et de la sch. 30 sous Bas. ed. Heimbach, 1, p. 572, pour une création byzantine. Il semble probable que le magistrat demeurerait compétent pour connaître de l'exécution de sa décision et, éventuellement, des difficultés touchant sa validité, par le moyen plus simple de la *cognitio*.

On ne peut tirer aucun argument contraire des textes du III^e siècle qui font encore mention de la *reuocatio in duplum* :

C. Gregor. 10.1. quibus res iudicata non noceat. 1. :
« Imp. Alexander A. Crescenti. Quae in libello contumacis, praesidi provinciae allega, qui non ignorat eum, qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti aut in duplum reuocare posse. (a. 227). Ed. Haenel, p. 35, Krueger, collectio, 3, p. 261. »

S. R. Pauli : V. 5 a § 7 : Ab ea sententia, quae aduersus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum reuocari potest. »

Id. V. 5. a § 8 : « Res olim iudicata post longum si-

1. Declareuil, *op. cit.*, p. 600.

2. Cf. Wenger, *Act. Iud.*, p. 95; Hartmann-Ubbeholde, *Ordo iudiciorum*, p. 422 et s.

3. Lenel³, p. 446.

« *lentium in iudicium deduci non potest nec eo nomi-*
 « *ne in duplum reuocari. Longum autem tempus exem-*
 « *plo longae praescriptionis decennii inter praesentes,*
 « *inter absentes uicennii computatur*¹. »

D'une part, et bien qu'il ne soit plus question d'attribuer les *Sententiae Receptae* à Paul lui-même, ces textes sont antérieurs à la généralisation de la procédure extraordinaire et surtout, d'autre part, ils ne font mention de l'*in duplum reuocatio* que pour l'écarter, les premiers dans le cas de la contumace, le troisième dans celui de la prescription. Or, la procédure de *contumacia* n'a probablement jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire². Le rejet de l'*in duplum reuocatio*, après le défaut et la sentence rendue, atteste donc plutôt que le pourvoi offensif en cassation n'est pas passé dans la procédure extraordinaire³.

L'*interpretatio* des sentences fait encore mention de la *lilis croissance* à propos de la *res iudicata*, sous 1.19.1 :

« *Aliqua quae quum ab iis, quibus sunt debita,*
 « *repetuntur, si a debitore negata fuerint, dupli satis-*
 « *factione redduntur, id est res iudicata...* »

1. Cf. sur ce texte les notes de Huschke et de Sdeckel-Kubler, ainsi que de S. Riccobono dans *ZS.* 47 (1927), p. 89, n. 5.

2. Cf. Girard, *Man.*, p. 1100 et n. 4, et *litt. cit.*

3. M. Cuq écrit dans son *Man.*, p. 907, n. 8, que la *reuocatio* était admise contre un jugement rendu en cas de contumace et invoque D., 2.12.1, Gord. C., 7.43.4; Phil., *eod.* 5; Herm., D., 42.1.53.3; Macer, D., 49.8.1.3. Ces textes se rapportent tous à des hypothèses où la sentence était nulle et où, par conséquent, il n'existait, à vrai dire, aucun jugement rendu en cas de contumace. On comprend que la *reuocatio* ait été admise, lorsque le magistrat accomplissait en dehors du temps légal un acte de sa fonction (Ulp., liv. 4, de *omn. trib.*, D., 2.12.1., C., 7.43.4), on rendait par surprise un jugement en un lieu autre que *certum locum causae cognoscendae datum* (C., 7.43.5), ou enfin lorsque le coutumax avait été empêché par son état de santé ou une raison majeure de déférer à l'ordre de justice (D., 42.1.53.2). Aucun de ces textes d'ailleurs ne concerne sûrement la *reuocatio in duplum*. Il en est de même de D., 49.8.1.3 (cf. Lenel, p. 446, n. 2, sur le pr.). Le premier vise l'appel. On peut admettre l'interpolation de ce texte qui aurait originellement prévu un cas de *reuocatio in duplum*. Celle-ci est devenue, dans le droit de Justinien, l'une des applications de ce recours. On comprend que l'appel ait supplanté la vieille procédure de la *reuocatio*. Voy. en outre Girard, *Man.* p. 1143.

CHAPITRE II

LA LITISCROISSANCE DANS L'« ACTIO DEPENSI »

Les textes juridiques se rapportant à cette action sont rares. Paul étudiait vraisemblablement l'*a depensi* dans le livre 24 de son commentaire sur l'édit (D. 3.5. de N. G. 23), en même temps que les diverses lois qui, dans le cours de l'évolution juridique romaine, ont réglementé la matière du cautionnement. La place occupée originellement par le fr. qui nous est parvenu doit être remarquée. Elle situe l'*a. depensi*, avec toutes les autres actions naissant de ces différentes lois, à la suite, dans l'édit, des *a familiae erciscundae, communi diuidundo, finium regundorum et de utili communi diuidundo iudicio*, c'est-à-dire à la suite des « rapports engendrés par une communauté de droits », parmi lesquels il faut citer en premier lieu ceux dérivant de l'indivision familiale¹. Mais c'est en vain que l'on chercherait, soit dans le texte de Paul, soit dans les autres fr. des compilations, où l'*a depensi* était nommée, la mention d'une *actio depensi* donnée au double *aduersus infitiantem*². Nos sources se réduisent aux *Institutes* de Gaïus (3.127; 4.9.25, 102, 171, 186) et à un paragraphe de la *lex romana Burgundionum* (14.8) dont nous rapprocherons deux extraits du *liber constitutionum* de la loi barbare (19. 5 et 8³).

1. On consultera sur les points indiqués Lenel³, tit. XV, §§ 79 à 88, p. 206-219.

2. Cf. Julien, liv. 90, *Digestorum*, dont trois fr. nous sont parvenus, D., 16.2.2.; D., 46.1.18 et D., 1.3.11, Lenel, 840 à 842, C. 1.17.2, § 18, *Iauolenus*, liv. 1, *Epistularum*, D., 17.1.52. Lenel, 71, Celsus, liv. 38, *Digest.*, D., 17.1.50 et 45.1.99, pr.; Lenel, 266 et 267, Celsus, liv. 27, *Digest.*, D., 45.3.71.1.

3. *Leges Burgund.* éd. Salis, p. 139 et p. 57. On peut ajouter à cette énumération la 1. *Iul. Mun. lin.* 114 (Bruns, I.108).

Dans un paragraphe premier, nous essayerons de donner une solution au problème des origines de notre action au double, dans un second paragraphe nous étudierons l'*a. depensi aduersus infiliantem* et, dans une troisième division, les destinées de cette action. Nous consacrerons enfin un appendice à la question de savoir si, à côté de l'*a. de la loi Publilia de sponsu*, il faut retenir, parmi les cas de *lilis-croissance*, l'*a. de la loi Furia de sponsu*.

§ 1. — *Les origines*

L'incertitude est grande sur le sujet de la répression primitive de l'acte grave commis par le débiteur qui ne remboursait pas le *sponsor*¹ contraint à payer pour lui. Dans l'ensemble de la littérature, il ne paraît pas cependant que l'opinion de M. Cuq ait rencontré un ferme contradicteur. Cet auteur a soutenu² que le *sponsor* n'avait eu, jusqu'à la loi Publilia aucun recours contre celui qu'il avait libéré. Avec la loi Publilia, tout au contraire aurait changé : à un excès de carence du législateur primitif aurait succédé la sévérité d'une répression au double de l'objet de la créance.

Nous ne pouvons pas admettre que le débiteur ait pu, même très anciennement échapper, en pareil cas, à toute sanction. L'histoire est toute composée de transitions inconscientes et la difficulté consiste à retrouver toutes les nuances par lesquelles elle est passée.

Il est d'autant plus difficile d'admettre que ce débiteur avait seulement à répondre, aux origines historiques du droit romain, à sa conscience, qu'une institution fort ancienne s'est maintenue dans le droit de Justinien, selon laquelle le rachat d'un captif à l'ennemi faisait acquérir à son auteur un droit de gage et de rétention sur le prisonnier :

1. Dans la forme, le *sponsor* promet son propre fait, mais en pratique, il répond pour autrui. Cf. Buckland, R. H. D. 1933, p. 119.

2. Daremb. et Sag. v° *Intercessio*, p. 552 et *Man.*, p. 648. : « Anciennement la caution n'avait aucun recours légal contre le débiteur dont elle avait acquitté la dette. »

« D. 49.15. de captiuis et de postlim. 19.9 (Paul, liv. 16 ad Sab.) : « Si is, qui erat ab hostibus, pluris alii ius pignoris quod in redempto habet cesserit... »

D. 49.15.15 (Ulp. liv. 12 ad Sab.)... « quasi iure pignoris finito... »

Cette institution existait déjà du temps de Sénèque :

De benef. 2.21.2. : Illud magis uenire in aliquam disputationem potest, quid faciendum sit captiuo, cui redemptionis pretium homo prostituti corporis et infamis ore promittit. Patiar me ab impuro seruari? seruatus deinde quam illi gratiam referam? uiuam cum obsceno? non uiuam cum redemptore? quid ergo placeat, dicam : etiam a tali accipiam pecuniam, quam PRO CAPITE DEPENDAM, accipiam autem tamquam creditum, non tamquam beneficium... »

Elle a certainement toujours existé¹.

Que le *uindex* et le *sponsor* aient eu anciennement un droit semblable sur la personne libérée grâce à leur intervention, cela paraît à première vue rigoureusement logique. La procédure ancienne nous révèle toujours le parallélisme frappant des symboles guerriers et des moyens mis à la disposition des plaideurs pour poursuivre la réalisation de leur droit². Aussi bien Sénèque emploie-t-il pour désigner le rachat lui-même le verbe *dependere* (*pro capite dependam*). Et cependant les textes, aussi haut que l'on puisse remonter, ne permettent pas de discerner la moindre trace

1. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 358.

2. Giffard, *Lec. de proc.*, p. 29. Le Romain des origines, laboureur et soldat, place, dans les institutions politiques de la paix, maints symboles issus de la réalité des combats. Les centuries serviennes votent au champ de Mars comme l'*exercitus seruianus* se bat à l'ennemi; la *festuca* ou *uindicta* est employée « hastae loco, signo quodam iusti dominii, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent »; le *pater patrius* réclame sur le territoire ennemi la *res* ou la *noxa*, après la razzia des troupeaux (cf. E. Pais dans coll. Glotz, *Hist. rom.*, I, p. 61) et le peuple à qui cette demande est adressée « trente jours pour délibérer avant que Rome passe aux voies de contrainte, tout comme le *confessus aeris* ou le *iudicatus* de la loi des Douze Tables; l'obligation de restituer la *res* ou de faire l'abandon noxal du coupable est exactement l'obligation alternative de la noxalité du droit privé. On pourrait multiplier les rapprochements. Voy. toutefois en sens contraire Lévy-Bruhl, Le simulacre de combat dans le *sacramentum in em.* studi Bonfante, 3 pp. 81 à 90.

de l'existence d'un tel droit du *uindex* ou du *sponsor*. Comment l'expliquer?

Cela est aisé, pour le *uindex*. Celui-ci a commis en effet un délit en intervenant à tort et, ainsi que le fait remarquer M. Senn¹, « l'ancien droit ne semble pas venir en aide à celui qui commet un délit ». Mais le *sponsor* n'avait accompli aucun acte illicite, bien au contraire. Il était un ami, un parent, un *tribulis*². Il était par là plus digne d'intérêt et le débiteur plus odieux. Une seule explication vient à l'esprit : la répression devait anciennement être assurée dans le cadre de la *gens* et c'est avec la désagrégation de celle-ci, lorsqu'avec l'extension des transactions l'horizon juridique se fut élargi que, devant l'impuissance désormais de la justice familiale, le législateur antique dut intervenir : et ce fut la loi *Pubilia de sponsu*³. Nous croyons pouvoir en donner trois preuves :

1. *Leges Perfectae*, p. 81, n. 3.

2. Cf. *Cic. pr. Ros.* « uel tribules, uel vicinos meos », *ad Fam.*, 13.23.1., *ad Att.*, 18.4., *Varr. de r. r.* 3.2.1., *Amm. Marcel.*, 15.7.5. « Tribulium adiumentum nequicquam imploranti ».

3. Cf. sur la date de cette loi, Voigt, *Ius Naturale*, IV, p. 223; Lange, *Rôm. Altert.*, 2.621; Karlowa, *Rôm. R. G.*, 2, p. 733; Levy, *Sponsio*, p. 66 et s.; Rotondi, *Leges Publicae*, 1912, p. 473; Kübler, *Rôm. R. G.*, 1925, p. 170; Appleton, *ZS.*, 49, p. 35; Cuq, *Man.*, p. 648, n. 4. Girard, *Man.*, p. 808-809. On tend aujourd'hui à situer la loi *Pubilia* vers le début de vi^e siècle. M. Lévy tient la loi *Appuleia* pour la plus ancienne : elle devrait être placée entre les deux premières guerres puniques, c'est-à-dire entre 241 et 218. Cf. sur ce sujet, Rotondi, 506; Appleton, 4; Levy, 66; Girard, *Man.*, p. 805, n. 4; Senn, *Leges Perfectae*, p. 73. Nous croyons, avec MM. Girard et Senn, la loi *Appuleia* plus récente que la création de la province de Sicile en 513. La loi *Pubilia* nous semble plus ancienne. Faut-il dire avec M. Cuq qu'elle remonte à l'époque où l'on pesait le métal (*dependere*)? Huschke qui voyait dans l'acte *per aes et libram* le fondement le plus certain de la *m. i.* croit trouver la raison de celle donnée par cette loi dans la forme publique de la *dependio* (*Nexum*, p. 111, n. 139), ce contre quoi Rudorff s'élève en faisant remarquer que le créancier n'avait pas de *m. i.* contre le *sponsor*, mais une action de *sponsu* (*Gell. N. A.* 4.4. *Varr. de l. l.* 6.71, *Cic. ad Att.*, 1.8. Cf. *Z. f. G. R. W.* 14 « Cicero's Forderung an Dolabella », p. 43 et s. du premier cahier) et que l'on ne peut concevoir sans une cession — absolument impossible pour l'époque — le passage du droit d'exécution du créancier aux mains du *sponsor* (cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 359). Eisele (*Beitrag*, 25 et s.) nous semble avoir établi que le paiement de la *sponsio* devait avoir lieu *per aes et libram*, si le *sponsor* voulait bénéficier du recours de notre loi *Pubilia*. Mitteis, *ZS.*, 22.1901, p. 115, adopte cette opinion et écrit que le nom d'*actio depensi* est un terme technique indiquant sûrement un *dependere*, donc le paiement *per aes et libram*, que la loi *Pubilia* devait exiger, soit parce qu'à son époque seul un tel paiement pouvait avoir lieu, soit

1° La place du commentaire de Paul et de l'*a. depensi* dans l'édit, laisse entrevoir la parenté lointaine du *sponsor* avec la communauté familiale à laquelle il appartenait. On pourrait donc répéter à son sujet la phrase de Cicéron (pr. Quinct. 16.53) :

« Cum ius amicitiae, societatis, adfinitatis ageretur. »

Cette idée a été mise en pleine lumière par M. Cuq. Originellement, dit-il, c'était entre membres de la tribu que l'on se rendait le service de se cautionner. Mais que le *ius amicitiae* demeurât sans sanction, c'est là une impossibilité qui ressortira de notre second argument.

2° La *lex Iulia Municipalis* (lin. 115, Bruns, I. p. 108) assimilait le débiteur qui, racheté par sa caution (*pro quo datum depensum est erit*), n'avait pas remboursé celle-ci dans les six mois — c'est à dire dans l'hypothèse prévue par la loi Publilia — à celui dont le patrimoine avait été mis en possession du créancier et mis en vente (*quousue bona ex edicto. possessa proscriplae sunt erunt*) et les déclarait tous deux incapables d'une charge honorifique dans les villes de province. Bien qu'il ne soit plus mention du *pro quo datum depensum est erit* dans la liste des personnes infâmes incapables de postuler *nisi pro certis personis* contenue dans l'édit reconstitué par Lenel¹, ce dernier a lui-même admis² que ces mots avaient dû être supprimés par les compilateurs et qu'ils figuraient anciennement dans l'édit. Ainsi l'*a. depensi* était une action infamante, comme l'*a. pro socio, tutelae, mandati*. Or, M. Giffard enseigne que l'infamie est la forme civile de l'excommunication de la *gens*³. On comprend en effet que la mise hors du groupe

parce qu'elle y voyait seulement une base formelle et suffisante du recours contre le débiteur. Enfin, nous savons aujourd'hui que la pesée du métal a survécu à l'introduction de la monnaie comptée.

Le point de localisation, assez vague, doit être recherché, croyons-nous, à l'achèvement de la disparition progressive du droit de la *gens* à se rendre justice à elle-même et parmi les premières manifestations de la justice rendue par l'Etat.

1. Cf. Lenel, p. 77-78.

2. *Ibid.*, p. 79 et n. 9. M. Lenel fait observer, dans sa nouvelle éd., qu'un indice de plus du caractère infamant de l'*a. depensi* réside dans l'interpolation maladroite de D., 3.2.6, § 5, signalée dans le même sens par Appleton, *Rev. gén. du droit*, 1900, p. 223.

3. Cf. Cours, 1932-1933, p. 19.

familial qui seul assurait primitivement la défense de ses membres ait eu de graves conséquences pour l'excommunié. Et l'on s'explique l'exception faite dans l'édit, beaucoup plus tard, en faveur de certaines personnes et au nom de l'idée de parenté fortement soulignée, à la défense adressée à l'infâme de postuler pour autrui, car l'exclusion antérieurement prononcée par la *gens* pouvait être levée par elle, règle dont le souvenir s'est maintenu dans le droit postérieur.

Nous croyons donc que, non seulement il existait très anciennement une sanction du fait réprimé plus tard par la loi Publilia, mais qu'il est encore possible d'identifier cette sanction avec celle de la sacralité¹, autrement plus rigoureuse qu'une amende du double.

3° La même dégradation de la répression ressort avec beaucoup de netteté de la comparaison que l'on peut faire entre la loi barbare des Burgondes et celle de leurs sujets romains :

Liber constitut. 19.5 (de
« ablati pigneribus et fi-
« deiussoribus). Si quis *pro*
« *parente aut pro amico* uel
« *pro* quocumque fideius-
« sor extiterit *pro* quo-
« libet debito, et is, qui
« sub fideiussore discesse-
« rit, ter admonitus coram
« testibus uel post admo-
« nitionem pigneratus, si
« conuictus fuerit pignera
« sua fideiussori per uim
« abstulisse, et necesse fue-
« rit fideiussorem constrictum
« atque compulsum
« debitum de suo soluere,
« in triplum ab illo quem

Lex rom. : 14.8 (*de abl. pign. et fideius.*) : « Si quis
« fideiussor *pro* quocum-
« que debitore aut per iudi-
« cium addictus aut per
« chirographum obligatus
« exteterit et constituta die
« ea, quae fidedixit, exso-
« luerit et postmodum
« eum, *pro* quo soluit, ter-
« tio cum noticia iudicis
« admonuerit, ut summam
« soluti debiti recipiat, et
« ille semper distulerit,
« post trinam conuentio-
« nem dupli redibitione *pro*
« inficiante, hoc est ne-
« gante, iure damnabitur.

1. Cf. loi des Douze Tables, VIII, 21, Bruns, I, p. 33.

« fidedixit impleatur, quid-
 « quid fideiussorem in hac
 « causa soluisse constite-
 « rit. »

« secundum legem Aqu
 « liam, quae negantes de-
 « bitum dupli satisfactione
 « damnat. »

(8) « Quod si dissimula-
 « uerit implere, quod pla-
 « citum est, et necesse fue-
 « rit, fideiussorem cons-
 « trictum atque conpul-
 « sum debitum de suo so-
 « luere, in triplum ab illo
 « quem fidedixit implea-
 « tur, quidquid fideiusso-
 « rem in hac causa soluisse
 « constiterit. »

Les différences sont nombreuses entre les deux législa-
 tions. Dans la loi barbare la pratique du cautionnement
 est replacée en premier lieu dans le cercle des parents ou des
 amis, auquel les mœurs barbares redonnent une significa-
 tion plus forte. En second lieu, le *fideiussor*, comme
 le *sponsor* ancien du droit romain, libère le débiteur (*et is,*
qui sub fideiussore discesserit) qui ne demeure plus tenu que
 vis-à-vis de lui. C'est au *fideiussor* qu'il appartient de con-
 traindre ce débiteur par la *pigneratio* et si, après trois ad-
 monitions, la saisie privée demeure infructueuse parce que
 les meubles ont été cachés, *c'est au triple* — et non pas seule-
 ment au double comme dans la loi romaine — que le *fideius-*
sor exigera le remboursement de tout ce qu'il aura été obli-
 gé de payer au créancier. La sévérité plus grande de la loi
 barbare nous reporte à une époque antérieure à celle de la
 loi Publilia de *sponsu*, où le relâchement des liens fami-
 liaux n'avait pas encore affaibli le sentiment très prononcé
 de la vilenie, presque de la trahison du débiteur. Elle nous
 indique en tous les cas le sens de l'évolution juridique ac-
 complie vers le fléchissement de la sanction et non pas, au
 contraire, vers la reconnaissance soudaine d'une représen-
 tion inconnue jusque là.

Dans la loi barbare aussi bien que dans la loi Publilia *de sponsu* la même procédure d'exécution privée nous apparaît, sur les meubles du débiteur, selon la première, sur la personne de celui-ci selon la seconde. A la saisie privée correspond la *manus iniectio pro iudicato*¹.

Gaius 4.22. « Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam. »

Nous nous retrouvons donc, comme dans le chapitre précédent, en face d'un *uindex* sur la tête de qui naît l'obligation pénale du double. Le législateur antique a rattaché la sanction ici encore à la notion facile du *uim facere*.

Il est clair que, comme pour l'*a. iudicati*, dont les textes rapprochent si souvent notre *a. depensi*², qu'il est permis de supposer qu'elles formaient un groupe particulier dans celui plus large des actions à *liliscroissance*, aucune *infilitatio* n'est concevable. Le débiteur n'a pas davantage à se défendre lui-même. Il doit donner un *uindex* et il est libéré sitôt que l'intervention de celui-ci s'est produite. Il n'est donc jamais appelé à nier *in iure*.

Dans la *manus iniectio depensi*³, les hypothèses suivantes pouvaient être seules distinguées.

a) Le débiteur cédait *in iure*. L'*addictio* était immédiatement prononcée;

b) le débiteur donnait un *uindex*. D'où deux éventualités :

Ou le *uindex* était intervenu à bon droit et il était absous;

1. Il nous semble sans intérêt pour notre exposé d'examiner ici le sens très particulier donné à cette expression technique par M. Senn, *op. cit.*, pp. 79-84.

2. Cf. Rudorff, *op. cit.*, 355 et n. 83.

3. Reconstitution dans Rudorff, p. 356 : « Quod ego prote sestertium X milia dependi, quae tu mihi in sex mensibus proximis, quam pro te depensum est, dolo malo non soluisti, ob eam rem tibi sestertium X milium pro iudicato manus inicio ».

Ou son intervention était reconnue infondée et il était condamné au double.

Aucune place ne peut être faite à une troisième éventualité. jamais la condamnation du *uindex* ne pouvait être au simple. L'action ne pouvait donc pas « croître » au double et l'adage *lis infitiando crescit in duplum* ne s'appliquait pas à elle.

§ 2. — *Le droit classique*

La notion même de l'*infitiatio* suppose la possibilité d'une condamnation au simple, comme elle suppose que le défendeur, puisse se défendre lui-même. Pareille réforme est accomplie sous le régime de la procédure formulaire : une action au simple est désormais donnée dans les cas que nous avons déjà étudiés à propos de l'*a. iudicali*. Sans doute cela n'est-il pas dit expressément par :

Gaius 3.127 : « In eo quoque par omnium causa est,
« quod si quid pro reo soluerint, eius recipiendi
« causa habent cum eo mandati iudicium; et hoc am-
« plius sponsores ex lege Publilia propriam habent ac-
« tionem in duplum, quae appellatur *depensi*. »

où le jurisconsulte se borne à faire [mention de l'*a.* au double des *sponsores*, ni même par Gaius 4.9 et 171¹.

Mais l'existence d'une action au simple dans tous les cas de *liliscroissance* a été défendue avec force par M. Paul Thomas² et est demeurée depuis généralement admise. Il serait vain de reproduire ici les excellents arguments de cet auteur et nous nous bornons à renvoyer à son étude. Le parallélisme qu'il affirme et qu'avait dégagé Rudorff entre les *a. iudicali et depensi*, la généralité des termes de Gaius 4.9 et 171 d'où il ressort qu'aucune distinction n'était faite entre les quatre actions citées, l'existence, démontrée par Wenger, d'une *a. iudicali in simplum*, et, attestée par les sources, des *a. leg. Aq. et ex testamento in simplum*, tout nous dispense de longs développements.

1. Ci-dessus, pp. 7 et 8.

2. *N. R. H.*, 1903, pp. 589-591.

Les ressemblances de l'*a. iudicati* et de l'*a. depensi* sont constamment affirmées par les textes.

L'affaiblissement de la répression augmente donc avec l'apparition dans la procédure formulaire d'une action au simple. L'emploi dans la matière du *depensum*, de l'action de bonne foi du mandat et de l'action de gestion d'affaires est très révélateur de l'évolution qui s'accomplit vers la disparition de l'élément délictuel contenu dans le fait du débiteur qui ne rembourse pas la caution dans les six mois. Les supériorités de l'action de bonne foi *mandati contraria* devaient peut-être favoriser la disparition de la vieille action de droit strict qu'il n'était plus avantageux d'intenter que dans certains cas, lorsque le double du *quantum ea res est* était vraiment supérieur au *quidquid ex fide bona dare oportet* et à condition encore d'être sûr à l'avance que le défendeur suivrait la voie de l'*infinitio*. De même le bénéfice de la cession par le créancier de son action a pu, dès l'Empire, diminuer de beaucoup la fréquence des cas d'exercice de l'*a. depensi*. Néanmoins les avantages éventuels de l'*a. aduersus infinitantem* expliquent son maintien jusqu'à Gaïus et aussi jusqu'à la loi romaine des Burgondes.

Quant à la formule, nous n'avons aucune base pour la reconstruire. On ne saurait considérer comme un élément sérieux les deux phrases identiques reproduites à la fin des deux paragraphes précités de la loi barbare : *quidquid fideiussorem in hac causa soluisse constiterit* dont la répétition fait croire cependant à une formule technique, couramment employée, et dont un esprit peut-être audacieux pourrait conclure à une contamination de la loi barbare par la procédure romaine¹.

§ 3. Le droit postclassique.

Les réformes de Justinien :

D 50.16. de V.S. 7. (Paul, liv. 2 ad ed.) « sponsio
« appellatur non solum quae per sponsus interroga-

1. Sur la dernière tentative de restitution de la formule par Betti, *Atti Ven.*, 74², p. 1463, voy. Lenel³, p. 217, n. 3.

« tionem fit sed omnis stipulatio promissioque. » en réduisant à l'unité *sponsio*, *fidepromissio* et *fideiussio* consumma la disparition de notre action. Ce recours s'était cependant maintenu assez tard pour qu'il fut encore question de lui, sous un autre nom il est vrai, dans la loi romaine des Burgondes. Aussi la comparaison du texte de cette dernière avec ceux de Gaïus 3. 127 et 4.22 doit-elle être faite. Elle permet de signaler les dissemblances suivantes :

1^o La *sponsio* n'est plus seule à donner ouverture à l'*a. depensi* : toutes les formes de l'intercession privative, semble-t-il, et, avec elles, certainement le *constitut* et la *fideiussio* mettent désormais à la disposition de la caution le sévère recours que Gaïus prenait soin de restreindre aux *sponsores*.

2^o Le délai de six mois accordé autrefois au débiteur pour rembourser la *sponsor* est remplacé par une *admonitio* répétée trois fois.

3^o Enfin, constatation plus importante et qui n'a pas échappé à Rotondi, nous le verrons plus loin, la loi Aquilia a pris la place de la loi Publilia. La survivance de l'*a.* au double *aduersus negantes* est ici — comme ailleurs — rapportée à la première de ces lois, source unique de la *litis-croissance* dans la période postclassique¹.

L'effacement progressif de la notion pénale dans notre action est parvenu à son terme. L'*a. depensi* qui, à l'époque

1. Cf. là-dessus, Rudorff, *op. cit.*, p. 357.

Quant aux traces laissées dans l'œuvre législative de Justinien par la vieille institution que nous venons d'étudier dans son développement historique (*a*) une seule nous paraît devoir être retenue. Selon la *Novelle* 131, c. 12, les legs faits dans un but charitable doivent être acquittés dans les six mois, sous peine, pour l'héritier, de payer les intérêts. N'est-ce pas là une réminiscence de l'ancien délai de la loi Publilia? Rudorff le pense. On peut le croire avec lui, car c'est dans la matière des legs pieux avec celle du *damnum iniuria datum* et du dépôt nécessaire que l'on rencontre, sous Justinien, les seules actions à *litis-croissance*, survivantes de la liste d'antan dans laquelle l'*a. depensi* a pu donner au législateur plus récent l'idée du délai de grâce concédé au débiteur.

Rudorff, p. 363 et s. voit dans D., 17.1 *mandati uel* c. 6, § 7 : « Marcellus sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spondit, ut, si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat : sin uero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat : quae sententia utilitati rerum consentanea est. », la trace conservée par mégarde d'une *a. depensi* donnée au *sponsor iudicatum solui*.

de Gaius, tendait à la *res* et à la *poena* fait place à d'autres actions purement réipersécutoires, après s'être peu à peu effacée devant elles. Elle ne figure donc pas parmi les actions mixtes du droit de Justinien dont nous essayerons de décrire l'histoire.

Appendice

Il existait, dans le droit ancien, à côté de l'*a.* de la loi Publilia une autre *manus iniectio pro iudicato*, donnée par la loi Furia de *sponso aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset*¹. Cette loi ne s'appliquait qu'aux *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie. Aucun des auteurs anciens que nous avons cités ne s'est demandé si cette *legis actio* avait donné naissance, dans le droit postérieur, à une action à *litiscroissance*. On l'a cru cependant.

Telle fut l'opinion — non affirmative cependant — de M. Lenel dans l'édition française de son *Edictum*². En France M. Senn a conclu à la vraisemblance de cette doctrine³, malgré les critiques antérieures qu'avait adressées à celle-ci M. Mitteis⁴ et qui ont sans doute paru si convaincantes à M. Lenel qu'il ne fait plus aucune mention, dans sa troisième édition, d'une action au double *aduersus infitiantem* dérivant, dans le droit classique, de la loi Furia de *sponso*⁵.

M. Senn a fait valoir qu'avec la loi Vallia qui transforma toutes les *manus iniectiones* du type ancien en *m. i. purae*, la peine du double devenait applicable au défendeur lui-même — le créancier ici — qu'atteignait désormais une amende pécuniaire, une *poena pecuniaria temere litigantis*; d'où l'apparition logiquement rattachée à ce développement historique d'une *actio quae crescebat aduersus infitiantem*.

1. Gai., 4.22; Comp., 3.121 et s.

2. Trad. Pelt., I, p. 247 : « C'était ici la place de l'*a. depensi*, qui, on le sait, était (comme, d'ailleurs, sans doute aussi l'*a. legis Furiae*) une *actio quae infitiano in duplum crescit* ».

3. *Leges Perfectae*, pp. 86-87.

4. ZS., 22 (1901), p. 144 et n. 5.

5. Lenel³, p. 217 : « Hierher gehört die Formel der *actio depensi*, die bekanntlich eine *actio quae infitiano in duplum crescit* war. »

tem, dans la procédure formulaire. Mais cette action fut rapidement rendue inutile par l'exception *si quid contra legem senatus consultum factum esse dicetur*¹, fondée sur l'idée bientôt généralisée que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*. Cette prompte désuétude expliquerait le silence de Gaius sur cette action dans les deux listes (4.9. et 171) qu'il donne des actions à *litiscroissance*.

Nous croyons cependant que c'est à bon droit que M. Lenel s'est rangé à l'opinion de M. Mitteis. Malgré Karlowa² et Girard³ il nous semble que l'*a. legis Furiae de sponsu* est bien celle dont il est question dans Gaius.

4.109 « Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium... nam si uerbi gratia ex lege... Furia in provinciis agatur... »

En tous cas, aucun doute n'est possible pour :

Gaius. 3.121 « Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducetur inter eos obligatio... »

En présence d'un texte aussi formel, il n'est pas possible de conclure que l'*a. legis Furiae de sponsu* était tombée en désuétude au temps où vivait Gaius. Et ces objections, présentées par M. Mitteis, conservent à son opinion toute sa valeur. Comment expliquer que Gaius n'ait pas nommé cette action parmi les cas de *litiscroissance*?

Il serait peut-être possible, à vrai dire, de retrouver un léger doute en considérant le mot *uelut* employé les deux fois par Gaius. Dans le premier paragraphe (4.9.) ce mot ne doit pas être rapporté aux actions données *aduersus infitiantem* mais à celles par lesquelles *rem et poenam persequimur*. Dans le second il se rapporte bien aux moyens juridiques donnés *aduersus infitiantem ex quibusdam causis dupli*

1. Lenel³, p. 513.

2. Karlowa, *RG.*, 2.743 pense que l'*a. legis Furiae* dont il est question chez Gaius, 4.109 est celle de la loi *Furia testamentaria*, d'où il tient l'*a. l. Fur. de sp.* pour tombée en désuétude à l'époque de Gaius, l'*a. l. Fur. test.*, ayant connu le même destin peu après. Cf. en notre sens, Mitteis, *op. cit.*, p. 114, n. 5.

3. Cf. *Man.*, p. 1084, n. 4.

actio constituitur. Mais c'est avec raison encore que M. Mitteis fait remarquer l'identité des deux énumérations. Ce sont les deux fois les mêmes actions qui sont nommées. D'où l'on peut conclure que *uelul* donne à la phrase le sens d'une énumération démonstrative et limitative¹.

Par ailleurs, il n'est pas démontré que la *manus iniectio pura* ait encore été au double. Aucun texte ne le dit et nous croyons que la vraisemblance a été dégagée par M. Mitteis². L'*a. legis Furiae de sponsu* apparaît dans le droit classique comme une action en répétition du simple, une « espèce de *condictio ex iniusta causa* ». Il est légitime de penser qu'elle avait été précédée, préparée, par une action également au simple, car si elle n'est plus au double à l'époque classique, c'est avant tout à la réforme opérée sur elle par la loi Vallia qu'il faut remonter pour l'expliquer.

Une dernière raison d'écarter cette action de la *lilis-eroissance* pourra enfin être déduite de l'ensemble de notre étude. La doctrine qui a fait de l'*a. leg Furiae de sponsu* en droit classique une action croissant au double *aduersus infiliantem* s'était manifestement inspirée de l'idée que la *manus iniectio seule* expliquait les origines de cette dernière action.

1. Le *ueluli* chez Gaius, 4.171, dit Wlassack, *ZS.* 33 (1912). *Praescriptio und bedingter Prozess*, p. 121, n. 3 ne doit pas indiquer une énumération complète (comp. en effet avec Ga. 4. 9.).

2. C. Mitteis, *op. cit.*, p. 115, citant Rudorff (*R. G.*, 2.86) : « Die Manus iniectio pura, d. h. ohne Gleichstellung mit dem Iudicatus, also ohne die Gefahr des Doppelten... » C'est nous, semble-t-il, la vraisemblance même.

CHAPITRE III

CARACTERES COMMUNS DES ACTIONS IUDICATI ET DEPENSI

Avant d'aborder l'étude délicate de l'*infitiatio* dans la loi Aquilia, nous croyons utile à l'intelligence de notre exposé, de dégager quelques considérations communes aux deux actions étudiées dans les chapitres précédents.

Nous avons déjà remarqué, après bien d'autres, que les *a. iud.* et *depenſi* paraissaient occuper une place particulière dans le système de la procédure romaine. Tout semble indiquer qu'elles formaient un groupe nettement séparé, non seulement de toutes les actions, mais encore des autres actions à *liliscroissance*, avec lesquelles il faut cependant, à première vue, leur supposer certains points de contact.

Ces différences, sans pouvoir, pour le moment, les attribuer à la *manus iniectio* qui forme à toutes deux leur commune origine, il convient de les rappeler brièvement :

1° L'acte de *uindicem dare* offrait, nous dit Gaius, la possibilité au défendeur de la *m. i. iud.* ou *dep.* d'échapper à la *duclio*; d'où (*unde*) l'exigence de la *satisdatio iudicatum solui* dans les *a. i.* et *d.* à l'époque classique. Voici les textes :

Gaius.4.25 : « ...itaque iudicatus et is, pro quo
« depensum est, etiam post hanc legem uindicem
« dare debebant et nisi darent, domum ducebantur.
« istaque, quamdiu legis actiones in usu erant, semper
« ita obseruabantur; unde nostris temporibus is, cum
« quo iudicati depensiue agitur, iudicatum solui satis-

« *dare cogitur*. — 4.102 : « ...certis ex causis satisfacere
 « solet... propter genus actionis, uelut iudicati depen-
 « siue... »

Par un phénomène de survivance historique, comme il s'en rencontre tant, le *uindex* d'autrefois s'est transformé en un *sponsor* dont l'engagement a été exigé à titre de sûreté pour l'exécution du *iudicatum* ou le remboursement du *depensum*. L'intervention d'un tiers a continué à être requise et c'est en elle, croyons-nous, qu'il faut voir le legs le plus certain, dûment établi par les textes, de la vieille *manus iniectio iudicati* ou *depensi* aux deux actions du droit postérieur. Remarquons aussi que c'est la nature de l'action (*genus actionis*) qui, selon Gaius, a nécessité la *satisfactio iudicatum solui* dans les deux cas particuliers qui nous occupent ici, nature donc identique chez tous deux¹.

Au contraire, la *satisfactio iudicatum solui* n'était exigée qu'à titre exceptionnel partout ailleurs². D'où il ressort qu'elle constitue bien une particularité essentielle de l'*a. iudicati* et de l'*a. depensi*.

2° Dans nos deux actions, la *summa uadimonii* s'élevait jusqu'à la valeur entière du litige :

Gaius 4.186 : « *Et si quidem iudicati depensiue age-*
 « *tur, tanti fit uadimonium, quanti ea res erit; si uero ex*
 « *ceteris causis, quanti actor iurauerit non calum-*
 « *niae causa postulare sibi uadimonium promitti; nec*
 « *tamen pluris quam partis dimidia nec pluribus quam*
 « *sestertium C milibus fit uadimonium. itaque si*
 « *centum milium res erit nec iudicati depensiue agetur,*
 « *non plus quam sestertium quinquaginta milium fit*
 « *uadimonium.* »

Une nouvelle singularité de nos deux actions ressort avec la plus grande netteté de ce second texte. Alors que, dans tous les autres cas, le montant du *uadimonium* ne pouvait dépasser ni la moitié de la *taratio* faite par le

1. Gai., 4.102 : « Nam aut propter genus actionis satisfacitur aut propter personam, quia suspecta sit; propter genus actionis, uelut iud. depensiue aut cum de moribus mulieris agitur... »

2. Dans la procédure *in rem per formulam arbitriam*, cf. Lènel², p. 139.

demandeur sous la foi du serment ni le maximum de cent mille sesterces, ces deux restrictions étaient écartées par faveur spéciale pour nos actions. Ici donc la *taxatio* du demandeur n'avait à jouer aucun rôle¹. Mieux : il est impos-

1. M. Giffard professe, à son cours, qu'il existait une *taxatio* dans la formule de toutes les actions incertaines de droit strict. Cf. Gai, 4.51 ; M. Lenel, *Edictum*, p. 154 et n. 3, se reconnaît disposé à l'admettre même pour les actions de bonne foi. C'est, croyons-nous, aller trop loin. A l'époque classique, une *taxatio* dans l'action de bonne foi ne peut se comprendre, car le juge doit rester maître d'apprécier *ex fide bona*, le montant de la condamnation.

Il en est de même, croyons-nous, pour toutes les actions arbitraires où la *taxatio* eût fait obstacle à l'exercice de l'*arbitrium iudicis*. Comp. Gai, 4.51. pour l'*a. in rem* ; et *ad exhibendum*. Quand aux textes sur lesquels s'appuie M. Lenel, nous verrons plus loin comment il convient de les interpréter. Par ailleurs, M. Lenel recule devant la généralité de la *taxatio* dans les actions incertaines parce que Gaius (4.47) reproduit la formule de l'*a. depositi* sans y faire mention d'aucune *taxatio*. Rappelons brièvement deux considérations : a) Gaius expose que la *condemnatio* ne contient aucune *taxatio* si *in rem agamus uel ad exhibendum* ; b) M. Lenel reconnaît lui-même que l'emploi d'une *taxatio*, dans les *iudicia bonae fidei* qui ne tendaient pas à un *restituere*, est vraisemblable. Or, encore que l'*a. depositi* ne soit pas une action *in rem*, elle tendait bien par nature à un *restituere*. Cf. formule *in factum*. En outre, l'*a. depositi* était une action de bonne foi et la constatation du défaut de la *taxatio*, dans la formule rapportée par Gaius, est une preuve irréfutable à retenir à l'appui de la doctrine de M. Giffard. Il faut penser, par ailleurs, que M. Lenel a raison d'indiquer que la *taxatio* était insérée dans la formule par le magistrat, en règle générale, sans l'examiner. Cela ressort de *Cic. pro Tullio*, c. 7 : « Rei taxationem nos fecimus, aestimatio uestra est (recuperatores) ». Cf. Gai, 3.224 ; Paul, *Sent.*, 5.16 ; *Collatio*, 2.6.1., D. 38.1 *de oper. libert.* 39, § 1. Une distinction s'impose toutefois. La *taxatio* émanée du demandeur ne se comprend que dans les cas où l'action n'était pas délivrée *cognita causa*, car il n'y a aucune raison d'admettre que le prêteur, dans les cas où il créait une action, ne se reconnaissait pas le droit d'en examiner toutes les parties. Mais, dans les compilations de Justinien, on rencontre une *taxatio* faite *cognita causa* par le magistrat lui-même. C'est le cas de C., 8.38 *de inut. stip.* 3. Dioclet. Maxim., « Adi praesidem provinciae, ut examinatis partium ad legationibus, quantum constituerit interesse tua..., ob incertae actionis concludat condemnationem taxatae quantitatis. » Ce texte s'explique facilement, si l'on admet, ainsi que l'a démontré M. Giffard, qu'il y est question de la *condictio incerti* toujours délivrée au Bas-Empire *cognita causa*. Quant à la *taxatio* que M. Lenel a rencontrée dans l'*a. empti* au C., 4.49 de *a. empti et uend.* 4 : « Diocl. Maxim... Si traditio rei uenditae iuxta emptionis contractum procacia uenditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit (a. 290), elle est aussi l'œuvre du magistrat, mais dans un sens particulier, d'où il ne ressort nullement qu'elle existait dans la formule des actions de bonne foi à l'époque classique. Ce rescrit est de l'année 290, par conséquent de l'extrême fin de la procédure formulaire. A notre avis, il ne peut se rapporter qu'à la procédure extraordinaire. Les mots *fuerit arbitratus* ne peuvent concerner qu'une *cognitio* du praeses. On pourrait certes admettre que le magistrat pouvait user ici du droit à lui exceptionnellement reconnu de modifier dans certaines circonstances la *taxatio* du demandeur. Mais cela est démenti par le fait qu'il n'exis-

sible de la concevoir dans les actions *iudicati* et *depeni* pour les raisons suivantes.

C'est en effet à juste titre que l'on considère habituellement que le motif de la double exception notée par Gaius

taut pas de *taxatio* dans la formule des actions de bonne foi, donc dans celle de l'*actio empti uenditi*. Le texte est donc complètement incompréhensible, si on le rapporte à la procédure formulaire. Il s'explique parfaitement au contraire, si l'on pense qu'il concerne la procédure extraordinaire. Il prouve alors que, dans celle-ci, l'action *empti* est devenue arbitraire. Or, dans la *cognitio extraordinaria*, la procédure *in iudicio* se distingue mal de la procédure *in iure*, car le juge s'identifie avec le magistrat. L'*arbitratus iudicis* devient alors une véritable *taxatio* parce que l'évaluation faite par le juge, selon le pouvoir qu'il lui est donné *ex aequo et bono*, se confond avec la *taxatio* insérée dans la formule des actions incertaines de droit strict et passe dans la *conuentio* (*tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*). Une seule différence se révèle entre l'*arbitratus* ancien et la *taxatio*. L'*arbitratus* n'était qu'un ordre de restituer en nature. La *taxatio* est une évaluation pécuniaire. Elle joue donc le rôle d'une sorte d'astreinte.

Enfin un dernier texte cité par M. Lenel et étudié par Partsch (*l. t. praescriptio*, 1906, p. 78), D., 31.77, § 30 fait mention d'une *praescriptio demonstratae quantitalis* — que M. Lenel paraît assimiler à une *taxatio* — pour l'écarter dans le *iudicium tutelae bonae fidei*. Un père a laissé à son fils la moitié de son patrimoine et à chacune de ses filles impubères, à qui il a donné leur frère pour tuteur, trois douzièmes de l'autre moitié. Il est censé avoir, selon une coutume sage, fait lui-même l'estimation de son bien. Mais le frère n'échappera pas, pour cela, à l'obligation de rendre des comptes dans le *iudicium bonae fidei*, en réclamant l'insertion d'une telle *praescriptio* dans la formule, c'est-à-dire, en soutenant qu'il ne doit rien de plus à chacune de ses sœurs, que les trois douzièmes laissés par le *pater*. D'où il ressort encore que la *taxatio* est inconciliable avec la notion de l'action de bonne foi.

C'est par ailleurs avec raison, que M. Giffard attire, à son cours, l'attention sur le titre de *in litem iurando* du D., Le juge, dit en substance Ulpien (lib. 36 *ad ed.*) au D., 12.3 *de in litem iur.* 4, peut ordonner une prestation de serment dans les limites d'une certaine quantité, afin d'empêcher que, profitant de l'occasion, on ne jure point *in immensum*. Au même titre, Marcien (lib. 4, *Regularum*) explique que le juge peut délimiter à l'avance (*praefinire*) le maximum de la somme pour laquelle il sera juré, car il peut ne pas déferer le serment : qui peut le plus, peut le moins. Paul (lib. 26 *ad ed.*) au D., h. t., 6 écrit : *Alias si ex stipulatu uel ex testamento agatur, non solet in litem iurari.* » Or, pourquoi, dit M. Giffard, ne jure-t-on pas dans l'action *ex stipulatu* et dans l'action *ex testamento*? C'est parce que sans aucun doute, ces actions sont des actions de droit strict et que, sauf deux hypothèses exceptionnelles, on ne jure point *in litem* dans les actions de droit strict, ainsi que nous l'apprend Marcien, au D., 12.3.5.3 et 4. Mais pourquoi ne jure-t-on pas dans les actions de droit strict? Nous répondons : parce qu'il existe dans ces actions une *taxatio* faite anciennement par le demandeur, plus récemment par le magistrat lui-même. Au contraire, le *iusiurandum in litem* peut être *cum taxatione* dans les actions *in rem* (D., 12.3.5, pr.) et dans les actions de bonne foi (D., 12.3.4.2 *in fine* et D., 12.3.5, pr.), parce qu'aucune *taxatio* n'existe dans la *condemnatio* de leurs formules. C'est en ce sens qu'il faut entendre D. 6.1.68, en ce qui concerne l'action arbitraire portant sur un *restituere*. Ainsi, de deux choses l'une : ou l'action *in rem* et l'action de bonne foi donneront lieu à un serment *cum taxatione* ou

4.186 doit être recherchée dans le caractère de certitude et la liquidité des deux créances issues du *iudicatum* et du *depensum*¹. Le *iudicatum* consiste toujours, à l'époque de la procédure formulaire, en une *certa pecunia*. Au temps des actions de la loi, il existait sans doute aussi des condamnations *ad ipsam rem*², mais nous savons qu'elles n'étaient pas exécutoires par elles-mêmes et que la *manus iniectio* devait être précédée de la *litis aestimatio*³. Ainsi dans tous les cas la *m. i. i.* se ramenait à n'être qu'une voie de contrainte pour décider le débiteur ou un tiers généreux au paiement d'une somme fixée, déterminée, certaine : elle n'était pas concevable partout où n'existait pas une telle créance. Il en était de même du *depensum* dont le nom indique par lui-même l'existence, au moins à l'époque de la loi Publilia, d'un acte public, solennel, fait par la balance et par l'airain, en présence des témoins requis, par le *sponsor* payant le créancier. La dette du débiteur principal n'était qu'un remboursement : elle était précisément égale à la somme versée par le *sponsor* au créancier. D'où même fixation précise, rigoureuse des créances principale et en recours. On comprend donc qu'ici comme là, la

l'action incertaine de droit strict comprendra une évaluation. On saisit sur le vif le sens de l'évolution historique vers un contrôle du magistrat ou du juge, vers l'intimidation du plaideur qui, comme dans l'hypothèse de C., 4 49.4, sera contraint à exécuter son obligation. Si le vendeur ne livre pas la chose, le magistrat évaluera par avance le *lucrum cessans* et le *damnum emergens* à titre de menace éventuelle. Il y avait là une pratique analogue à celle des astreintes de notre droit actuel. Quelle a été sa portée, quel fut son champ d'application? Nous posons la question. Mais il est intéressant de signaler que la *proecia* du vendeur dans le texte ci-dessus était, à cette époque, réprimée *ex officio iudicis*, sans doute de la même manière que l'était la *calumniā* dans tous les *iudicia priuata* (cf. d'une part, Paul, *Sent.*, 5.1 et 2 et de l'autre Ulp., au D., 48.16, *ad senat. Turpill.*, 7, § 1 *in fine*). Cf. Giffard, « Communication à la société d'histoire du droit » du 12 janvier 1933, à paraître dans *N. R. H.* et article cité ci-dessous, p. 91, n. 1.

1. Cf. notamment, Fliniaux, *Le Vadimonium*, thèse, Paris, 1908 pp. 68-69.

2. Cf. Giffard, *L'exp. proc. civ. rom.* pp. 45-46 et n. 1.

3. Gell., 20.1.46.7, Bruns, I, p. 21 : « Quantae pecuniae iudicati essent. » Il fallait donc une estimation pécuniaire. De même 20.1.37-38, le défendeur était libre de ne point subir le *littion*, par conséquent la première décision qui l'ordonnait n'était pas exécutoire par elle-même. L'exécution ne devenait possible qu'après l'estimation qui ramenait les parties devant le juge et faisait du *iudicatus* un *damnatus*.

manus iniectio ait pu s'ouvrir, car dans l'une et l'autre des hypothèses il était satisfait à la condition essentielle mise à son exercice par la loi : double certitude de la créance, quant à son existence (*die Frage des Ob*), quant à son montant (*die Frage des Wiewiel*).

On comprend dès lors que l'estimation par le demandeur de son droit (*taxatio*) ait été complètement superflue dans nos deux actions.

Ces constatations faites, il nous est possible désormais de passer à l'étude de la *liliscroissance* dans la loi Aquilia.

CHAPITRE IV

L'INFILIATIO DANS LA LOI AQUILIA

Notre étude ne doit porter que sur les sanctions du *damnum iniuria datum* et sur la notion de base, fondement de ces sanctions : la *confessio*, d'une part, de laquelle dérive l'action au simple, l'*infiliatio*, de l'autre, d'où provient l'action au double; ou mieux encore, car *confessio* et *infiliatio* ne sont en quelque sorte ici, on le comprend, que l'envers et l'endroit d'une même chose, les deux faces opposées et symétriques d'une même question : la répression organisée par la loi Aquilia.

Il semble que l'on doive distinguer, dans cette histoire de la *litiscroissance* dans la matière du *damnum iniuria datum*, deux grandes périodes : l'une est vraiment celle de l'application de la loi Aquilia; elle correspond à nos yeux, non pas seulement à l'époque de la procédure *per legis actionem*, où le plébiscite a été porté et durant laquelle il a commencé à être appliqué, mais encore à toute celle du droit classique pendant laquelle ses dispositions ont été précisées, définies, élargies; l'autre période est celle où le concept originaire de la *litiscroissance* aquilienne se déforme, s'élargit à mesure que la notion originaire de l'*infiliatio* recule et se perd de plus en plus dans le temps, et où enfin le système de répression organisé par la loi Aquilia déborde le cadre primitif de la loi, pour envahir tout notre sujet.

Les origines, les circonstances de la loi Aquilia sont obscures, matières à controverses et à hypothèses plus ou

1. Rotondi, *Scritti Giuridici*, tome 2, *Litiscrescenza e lex Aquilia*, p. 413 et s.

moins audacieuses. Il serait vain et présomptueux de les vouloir éclaircir, surtout en entrant de plain-pied dans le sujet. Mais peut-être, après avoir pris position sur le terrain plus solide du droit classique et postclassique, nous sera-t-il possible, selon un procédé qui rallie de jour en jour un plus grand nombre de bons esprits, de remonter de ce qui peut être reconnu, établi, enseigné, vers l'obscurité des origines.

Ces grandes lignes nous tracent le plan des développements qui suivront. Dans une première section, nous étudierons l'*infitiatio* dans la loi Aquilia jusqu'à l'issue du droit classique, dans une seconde, nous rechercherons quel a été le développement du droit postclassique. Nous nous occuperons en dernier de l'époque la plus ancienne.

Section I. — L'*infitiatio* dans la loi Aquilia, jusqu'à la fin du droit classique.

Cette section sera elle-même divisée en quatre paragraphes distincts : dans le premier, nous étudierons les dispositions relatives à l'*infitiatio* dans la *lex Aquilia*; dans le second, les cas dans lesquels ces dispositions trouvaient leur application : ce sera là la question de l'*actio legis Aquiliae in duplum*; dans un troisième, nous rechercherons quelles étaient les hypothèses où ces prescriptions n'étaient point appliquées et nous tenterons d'éclaircir par là les origines de l'action au simple, c'est-à-dire de l'unité de la *litiscroissance*, jusqu'ici vainement cherchée dans la *manus iniectio iudicali et depensi* qui cependant, ne l'oublions pas, étaient encore en pleine vigueur lorsque le plébiscite aquilien a été voté; dans un quatrième et dernier paragraphe enfin, nous essayerons de déterminer la nature des moyens de procédure employés dans l'une et l'autre des deux éventualités envisagées dans les deux subdivisions précédentes.

§ 1. *Les dispositions concernant l'infinitio dans la loi Aquilia.*

Les textes sont nombreux à attester que l'*a. leg. Aq.* croissait au double *aduersus infinitantem*¹. Parmi eux, celui de Gaïus, liv. 7 *ad ed. prouinc.* au D.9.2. *ad leg. Aq.* 2. § 1 témoigne directement de l'existence, à la suite du premier chapitre de la loi, d'une disposition relative à l'*infinitio* :

« et infra deinde cauetur, ut aduersus infinitantem in
« duplum actio esset². »

Les Basiliques complètent cette prescription :

« Quodsi infinitatus fuerit reus, et postea conuictus,
« duplum soluito. »

Il est évident que la peine du double n'atteindra le défendeur que s'il est convaincu d'avoir nié à tort. Aucune différence essentielle ne doit donc être relevée entre les deux transmissions du texte du premier chapitre de la loi sur la disposition qui nous intéresse.

Il n'est pas douteux non plus que le deuxième chapitre prévoyait l'éventualité de la même négation téméraire et que le défendeur qui s'en rendait l'auteur subissait également, s'il succombait, la peine du double. Cela résulte de :

1. Cf. Gai, 4.9.171 précités; Paul, *Sent.*, I.19.1 préc.; *Inst. Just.*, 4.6 de action. 19, 23, 26; D., 9.2. *ad leg. Aq.*, 23, § 10 (Ulp. liv. 18 *ad ed.*, Lenel, 617) : *Haec actio aduersus confitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum.*; D., 9.3. *de his qui eff. u. deiec.*, I, § 4 : « Haec in factum actio in eum datur, qui... nec adicitur culpae mentio uel infinitationis, ut in duplum detur actio, quamuis damni iniuriae utrumque exiget. » (Ulp. liv. 23 *ad ed.*, Lenel, 685); C., 3.35 *de leg. Aq.*, 4 : « Impm. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Zoflo. Contra negantem ex lege Aquilia, si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio. D. XV k. Mar. Heracliae AA. cons. (a. 293); C. h. t. 5, idem AA. et CC. Claudio. De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt uel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes. » *Nov.*, 18.8; *lex rom., Burg.* 14.8 préc. et 29, de *caballis, quib. os aut scindola ad cauda legati fuerit*, éd. Salis, p. 148.

2. Cf. la note de Bruns, I, p. 45, n. 9. La disposition ci-dessus n'a pas été insérée dans la reconstitution de la loi par cet éditeur. Les différences relevées entre le texte de Gaïus et celui des Bas. ne sont cependant, en ce qui concerne ce passage, pas davantage à prendre en considération que celles qui ressortent de la confrontation des lignes précédentes dans les deux transmissions.

Gaius 3.215 : « Capite secundo aduersus adstipulatore, qui pecuniam in fraudem stipulatoris accepit tam fecerit, ... 216. Qua et ipsa parte damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id cauere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur. »

C'est à vrai dire de la loi entière, sans distinguer entre ses différents chapitres, que le jurisconsulte remarque qu'elle donnait une action au double *aduersus infitiantem*, mais il le fait à propos du cas mystérieux prévu par le second chapitre. Nous avons donc encore une quasi-certitude pour le deuxième chapitre.

Cependant cela est moins sûr, à première vue, pour le troisième chapitre. Aucun texte ne fait directement état d'une mention — à lui rapporter — concernant l'*infinitio*. On a donc douté que ce dernier chapitre ait porté une sanction à l'encontre de la dénégation¹.

Nous n'hésitons cependant pas à nous ranger parmi les partisans de l'opinion contraire qui depuis longtemps, forment la très grande majorité². D'une part en effet, Gaius (3.218) ne fait état que d'une seule différence de rédaction entre le premier et le troisième chapitres³, différence qui, d'ailleurs, donna lieu à une interprétation de Sabinus rétablissant l'égalité des sanctions du point de vue du « *quantum plurimum*. D'autre part, des textes au *Digeste* accordent expressément l'action au simple dans des hypothèses rentrant dans les prévisions du troisième chapitre⁴, lorsque le défendeur reconnaissait le délit. Il

1. Cf. littérature dans James Thayers, *Lex Aquilia*, « On Gifts Between Husband and Wife », Cambridge Harvard University Press (1929), p. 54, qui, pour la réfutation de cette opinion, tire argument de la généralité des termes employés par Gaius (3.216). Voy. aussi Rotondi, *Riv. di dir. comm.* 1916¹, p. 965, n. 3.

2. Telle était déjà l'opinion de Rudorff, *Röm. R. G.*, I, p. 100, n. 12 et *op. cit.*, p. 392, conservée par Lenel³ p. 203-204 qui s'appuie également sur le témoignage général des textes sur ce sujet (Paul, I.19.1. Gai 3.216 et C., 3.35.4.

3. Cf. plus loin p. 129.

4. Cf. D., 9.2.24; II.1.20 pr., 9.2.25.1. — Aucun argument n'est à tirer de la glose d'Azo : « et infra, id est in inferiori parte primi capitis ». — Sur le texte originaire du troisième chapitre, voy. H. F. Jolowicz, « The original

en résulte que l'action au double devait être donnée dans le cas contraire (*infiliatio*).

Nous concluons donc que la répression de l'*infiliatio* était commune aux trois chapitres de la loi Aquilia.

§ 2. L'application de ces dispositions.

L'actio legis Aquiliae in duplum

Dans quels cas le défendeur à l'*actio legis Aquiliae* était-il réputé commettre une *infiliatio*? La réponse déjà faite à cette question, au sujet de l'*actio iudicali*, peut nous servir ici, mais dans une mesure seulement, à résoudre le problème. Comme précédemment, quatre éventualités doivent être distinguées. Mais une différence essentielle qui, à nos yeux, domine toute la matière, sera signalée.

I. Négation du fait. — Il faut encore remarquer à cette place que l'*infiliatio*, quand elle concernait l'existence de fait d'une décision judiciaire, était à peu près impossible à raison même de la certitude de celle-ci. De toutes façons, le *iudicatus* se trouvait en présence d'un droit doublement certain, dans son principe et dans son montant. La publicité des débats, à défaut d'une rédaction écrite de la sentence, lui enlevait une dernière chance de profiter peut-être de l'oubli ou de la mort du juge. Au contraire, tout nous prouve que la négation du délit de la loi Aquilia a été certainement très fréquente. La menace de la pénalité du double ne peut se concevoir que comme une mesure législative destinée à diminuer le nombre grandissant des dénégations mensongères. D'où le cri vertueux de Sénèque :

« Adde nunc publica periuria gentium et rupta
« foedere et praedam ualidiora quicquid non resis-
« tebat abductum, circumscriptiones, furta, fraudes,
« infitationes, quibus trina non sufficiunt fora ! »

scope of the lex Aquilia and the question of damages » (*The law Quarterly Review* XXXVIII, pp. 220 et s. (1922) et surtout réfutation de Lenel, *ZS.* 43 (1922), p. 575-577 avec littérature citée à la page 575. M. Lenel pense que le troisième chapitre de la loi commençait avec les mots « si quis alteri, damnum faxit »,

Les manifestations si fréquentes de la mauvaise foi d'un plaideur étaient surtout rendues possibles par l'incertitude du droit auquel prétendait le demandeur. Délit commis contre les esclaves et les animaux dans la paix lointaine des champs, le plus souvent hors la présence du maître ou de tout témoin, ou délit contre la propriété¹, le fait réprimé par la loi Aquilia était facile à nier et sa preuve difficile à rapporter. On comprend la tentation naturelle du coupable d'échapper à la répression en dissimulant et rusant. La négation du fait du délit a donc très certainement été l'immense majorité des cas où il convient de replacer aujourd'hui l'*infitiatio*.

Quant à l'incertitude du droit — que nous entendons mettre en pleine lumière — elle revêt exactement les caractères opposés à ceux que nous avons reconnus au *iudicatum et au depensum*. Non seulement en effet le droit n'est pas établi dans son principe, mais encore il ne l'est pas dans son montant : l'action fera obtenir au demandeur le *quantum plurimum in eo anno* ou *in diebus XXX proximis*. C'est dire qu'elle portera sur un *incertum*, une valeur inconnue au moment du délit qu'il conviendra de rechercher et de déterminer ensuite. Nous sommes ici en présence du type le plus sûr, puisqu'il nous est révélé par les dispositions formelles, expresses de la loi, d'une action incertaine de droit strict.

II. *Négation du droit*. — Mais le fait doit avoir été commis *iniuria*, c'est-à-dire sans droit. Il n'est pas pour nous question de retracer ici l'évolution de cette notion juridique. Elle remonte à la loi des Douze Tables dont l'une des prescriptions nous atteste que le voleur saisi, la

1. Cf. la place de notre *actio* dans l'édit de Lenel au titre XV « de his quae cuiusque in bonis sunt » (contre cette rubrique, v. Girard, *Textes*, p. 147), à la suite des actions réelles et de certaines autres réprimant des délits commis contre la propriété, la position du titre « ad legem Aquiliam » au Digeste (les compilateurs commençaient à traiter au livre 6 des mêmes droits avec une continuité de méthode qui n'est plus à remarquer), les ouvrages particuliers ayant servi à la reconstitution de Lenel, ainsi, la position du livre 22 *ad ed.* de Paul et surtout le livre 18 *ad ed.* d'Ulpien dont les extraits forment à eux seuls la majeure partie de D., 9.2.

nuit, sur le fait était à bon droit tué¹. Il n'est pas douteux que le défendeur qui, tout en reconnaissant le fait matériel de l'*occisio serui* par exemple, prétendait avoir légitimement agi, encourait une condamnation au double, s'il succombait dans sa défense². La même solution doit être donnée pour le cas où la contestation portait sur la *culpa* de l'auteur du dommage, lorsque l'idée de cette dernière fut dégagée.

III. Extinction du droit par satisfaction de la victime. — Ce point est délicat. Il nous met en présence de la règle déjà énoncée « ex his causis, quae infitiatione duplantur, ex pacto decidi non potest ». Faut-il dire que cette interdiction faisait obstacle à ce que le délinquant désintéressât dans tous les cas la victime moyennant une renonciation de celle-ci au droit de poursuivre judiciairement le recouvrement de sa créance née du délit³ ? Il ne nous est pas possible d'étudier à cette place cette question importante. Nous lui consacrerons plus loin tous les développements qu'elle mérite.

IV. Exceptions opposées par le défendeur. — Il nous faut reprendre sur ce point nos développements précédemment consacrés à l'*actio iudicati*. Le texte du Digeste qui nous a offert la solution de la question est absolument général et ne distingue pas entre l'un ou l'autre des cas de *litiscroissance*. Mieux : on peut dire qu'il est fait pour s'appliquer surtout à la matière du *damnum iniuria datum*, puisque c'est surtout la *litiscroissance* aquilienne que les compilateurs ont en vue lorsqu'ils parlent de l'*infitiatio*.

Ainsi, seules les exceptions péremptoires équivaudront à une *infitiatio*, lorsqu'elles seront rejetées. Tel sera évi-

1. Cf. tab. VIII, 12 : « Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto », Bruns, I, p. 31.

2. Cf. Gaius, 4.121 : « Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent, nec euitari possunt, uelut quod metus causa aut... quod res iudicata est uel in iudicium deducta est, item pacti conuenti, quod factum est, ne omnino pecunia peteretur. » Il eût été peut-être plus juridique de faire rentrer cette hypothèse sous notre n° IV. Elle est celle en effet de l'*exceptio pacti conuenti peremptoria*. Cf. sur l'*exceptio p. c. dilat.*, Gai, 4.122. Nous avons jugé cependant préférable de faire ressortir son importance particulière.

3. Cf. *Cic. pro Tullio*, c. 41.

demment le cas de l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae* opposée à l'*actio legis Aquiliae*¹. Au contraire les *except. cognitoria* ou *dilatoria* n'exposeront pas le défendeur succombant à la peine du double.

§ 3. Les cas ou ces dispositions n'étaient pas appliquées.

L'*actio legis Aquiliae* in simplum.

Un texte — une énigme — régit toute la matière.

Les éditeurs modernes qui, sur la base des inestimables travaux d'Otto Lenel, ont publié une reconstitution de l'édit du préteur urbain, font tous suivre la rubrique *ad legem Aquiliam* du titre XV (*de his quae cuiusque in bonis sunt — de iudiciis*, pour Girard) de la rubrique de la *Collatio mosaicarum et romanarum legum* (2.IV et 12.VII.I) :

« Ulpianus libro XVIII ad edictum sub titulo si
« fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et cum
« diceret... »

en retranchant l'indication de l'ouvrage et de l'auteur qui reproduisaient cette mention visiblement copiée dans l'édit et les trois derniers mots *et cum diceret* qui, jusqu'ici sont demeurés inexpliqués².

1. Cf. Gai, 4.121 *quod res iudicata...*

2. Cf. Lenel chez Bruns, I, p. 219 : « Ad legem Aquiliam, a. Si fatebitur iniuria occisum esse : in simplum » et note 17 : « Equidem de hac corruptela tollenda, iam desperauerim. », Girard, *Textes*, p. 578, n. I, Lenel³, p. 199, n. 4 : « Die Handschriften der coll. fügen hinter in simplum noch hinzu : et cum (al. eum) diceret (al. dicere, doceret, docere). Diese rätselhaften Worte dürfen nicht mit Huschke (*Zgesch. R. W.*, 13.32) in *ut condiceret*, verwandelt werden; denn die *actio legis Aquiliae* war keine *condictio* (vgl. gegen Huschke auch meine Bemerkungen, *ZS*, 8.196). Mein eigener Emendationsversuch a. a. O. « in simplum e K(apite) I iudic(ium) » muss zur Erklärung der überlieferten Lesart vielleicht zu komplizierte Voraussetzungen machen. Unbefriedigend ist m. e. auch die Erklärung Mommsen in seiner Ausg. der coll. zu 2.4. » Littérature abondante. Il suffit cependant de se reporter, outre à Lenel, à Huschke, p. 31 et s. où l'on trouvera les détails des différents manuscrits, et à Segré, *Mélanges Girard*, 1912, 2, p. 512-513 : « Ma resta insoluto, e forse insolubile nello stato attuale delle fonti il problema, quali parole chiudessero la rubrica delle coll. e come dovesse suonare la rubrica ulp. a cui per certo non appartiene » *et cum diceret*. Cf. Rotondi, *Scritti Giuridici*, 2, p. 429, n. 1 : « Il problema della condanna in simplum nelle azioni litis crescenti ha sempre più d'un lato oscuro. » — Nous laissons d'ailleurs de côté volontairement tout ce qui concerne la dénomination de l'action au simple (*actio confessoria*). La locution *actio confessoria* était,

Or, cette dernière correction est purement arbitraire. Les mots *et cum diceret* figurent par deux fois dans la *Collatio*, à un grand intervalle la seconde de la première, ce qui exclut la possibilité d'une erreur due à un copiste. Leur suppression par nos éditeurs ne provient que de l'intelligence du sens à leur attribuer.

L'énigme cependant n'en est plus une, à nos yeux : elle a été éclaircie par M. Giffard qui, dans un récent article¹, a signalé le rapprochement qui s'impose entre cette rubrique et deux textes du Digeste, au titre *ad legem Aquiliam*.

Le premier de ces textes est, comme la rubrique elle-même, reproduite par l'auteur de la *Collatio*, extrait du livre XVIII d'Ulpien *ad edictum* :

D.9.2.25.2 : « Notandum, quod in hac actione, quae
« aduersus confitentem datur, iudex non rei iudican-
« dae, sed aestimandae datur : nam nullae partes sunt
« iudicandi in confitentes². »

Les compilateurs expliquent ce fragment par un exemple qu'ils empruntent à Paul (livre XXII *ad edictum* où ce jurisconsulte traitait aussi de la loi Aquilia). Voici donc notre second texte :

D.9.2.26 : « Puta enim, quod qui conuenitur fatea-
« tur se occidisse et paratus sit aestimationem soluere,
« et aduersarius magni litem aestimat. »

Que l'on remarque maintenant l'identité du *fatebitur iniuria occisum esse* du titre d'Ulpien reproduit par la

selon M. Segré, *op. cit.*, p. 555, réservée à l'époque classique à notre action au simple *leg. Aq.*, et sans doute aussi à toute action qui servait d'unité de base à la *litis*croissance. Elle a été étendue par voie d'interpolation par les Byzantins aux actions en revendication de l'usufruit et des servitudes.

1. Cf. R. H. D., 1931, p. 687, n. 2 *in fine* et article « Aestimatio, taxatio, quod interest dans l'*actio legis Aquiliae* », à paraître dans le fascicule 2 de R. H. D. 1933.

2. Cf. sur ce texte Wlassak, « Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren », Zs., 25 (1904), p. 180, Betti, L'Antitesi di iudicare (*pronuntiatio*) e dannare (*condematio*) nello svolgimento del processo civile romano (1915); Puschel, *op. cit.*, p. 198, n. 1; Wenger, *Inst.*, p. 112, n. 60. Il convient de rapprocher ce texte de Cic. *pro Cluent.*, 41.115, sur la procédure de *repetundis* : « Et hoc cotidie fieri uidemus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos peruenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos idem iudices absoluant; quod cum fit, non iudicia rescinditur, sed hoc statuitur, *aestimationem litium non esse iudicium*. » M. Beseler, *Beitr.*, 1, 54 pense que D. 9.2.25.2 est tout entier une glose; Pringsheim, *Festschr. f. Lenel*, p. 248 dans le même sens.

Collatio et du *fateatur se occidisse* de Paul : les mots *et cum diceret* d'Ulpien et de la *Collatio* s'expliquent tout naturellement si on les rapproche de *et paratus sit aestimationem soluere, et aduersarius magni litem aestimat*. Ce rapprochement revêt un caractère d'évidence qui rend inutiles de longs développements.

Il existait donc dans l'édit ou tout au moins dans le commentaire d'Ulpien un titre se rapportant à l'*actio legis Aquiliae in simplum*, que l'on peut restituer, quant à son sens, certainement de la manière suivante :

» Si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et
« cum diceret (reus) aduersarium magni litem aestimare... »

Etait-ce là le commencement d'un édit ? D'ordinaire les formules d'actions civiles n'étaient point précédées d'un édit. S'agissait-il toutefois d'un édit promettant une action *in factum* ou utile ? Nos sources ne le disent pas et le mieux est de s'abstenir de toute hypothèse. Quoi qu'il en soit d'ailleurs l'énigme résolue par M. Giffard nous offre un point de départ solide. Le titre d'Ulpien nous suffit amplement.

Il en résulte incontestablement que l'*actio in simplum* tendait à une *aestimatio litis* et qu'elle était délivrée sous une double condition :

1^o L'aveu du fait (*fateri se occidisse*);

2^o L'engagement de payer l'estimation, pris par le défendeur *in iure* et résultant de la *litis contestatio*, c'est-à-dire un véritable contrat judiciaire, une obligation qu'il importe de mettre en pleine lumière. Il avait même une valeur plus grande que la *confessio certae pecuniae*, puisque celle-ci pouvait être remise en discussion par la découverte d'une erreur de fait, tandis que cette erreur était sans influence sur lui¹. Ainsi le juge procédait à l'estima-

1. La *confessio in iure* ordinaire n'est pas investie d'une présomption absolue de vérité. Cf. Giffard, *Confessio*, p. 107. Voy. Ulp., D. 42.2 de *confessis* 2, sur ce texte Bethmann-Hollweg, *Versuche*, p. 271; *Civil proc.*, p. 540, n. 5.; Demelius, *Confessio*, p. 222-225; Rudorff, *ZS*, 14, p. 352. Au contraire l'erreur de fait autant que l'erreur de droit est sans influence sur notre *confessio*. L'effet de la *litis contestatio* a été déjà aperçu par Deme-

tion, condamnait le défendeur¹ quand même le *confessus* avait inexactement reconnu être l'auteur de la mort de l'esclave². Les deux seules conditions exigées pour la validité de l'aveu étaient qu'il y eût dommage — sans lequel l'évaluation ne pouvait pas se comprendre³ — et que ce dommage résultât du délit⁴.

Le débat se liait donc après une *confessio* exprimée sur un *factum*, qui avait pour résultat de mettre celui-ci hors de toute discussion. L'existence et le fondement du droit (*Dasein und Grund*, pour Wlassak), la question du *si* (*das Ob*, pour M. Levy et M. Wenger) étaient tranchées définitivement. Il ne s'agissait plus désormais que « du plus ou du moins » (*das Wieviel*), car la *litis aestimatio* ne touchait pas au fond du droit (*iudex non rei iudicandae, sed litis aestimandae datur*). Le « plus » était la prétention du demandeur, le « moins », la réponse du défendeur (et

lius, p. 184 et Bethmann-Hollweg, *C. P.*, p. II, 545 et n. 24. La fameuse distinction de l'état subjectif de fait (subjective Thatbestand) et de l'élément objectif du délit nous semble n'être qu'une pure invention des commentateurs modernes, depuis Savigny. Elle n'a rien de romain.

1. Cf. Wlassak, *SZ*, 25, p. 181 et l'opinion de Mommsen citée à la note 1. Le droit de condamner n'a pas pu faire défaut au juré.

2. D. 42.2.4 Paul, liv. 15, *ad Plaut.* : « Si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est seruum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur. »

3. D. 9.2.23. II : « Si quis hominem uiuum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem uiuum esse, Iulianus scribit cessare Aquiliam, quamuis confessus sit se occidisse : hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse : ceterum occisum esse hominem a quocumque oportet. » D. h. t., 24, Paul, liv. 22, *ad ed.* : « Hoc apertius est circa nul neratum hominem : nam si confessus suit uulnerasse nec sit uulneratus, aestimationem cuius uulneris faciemus ? uel ad quod tempus recurramus ? » Notre opinion a été rejetée par Demelius, p. 189, qui soutient qu'il ne faut pas dire que, dans l'hypothèse d'Ulpien au fr. 23, § 11, c'est l'absence du dommage qui rend la condamnation impossible. Demelius invoque, D. 9.2.25 pr. : « Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus sit. » Ici, dit cet auteur, il y a dommage, donc estimation possible. Nous pensons que le mot *proinde* au début de ce fr. indique qu'Ulpien rattachait la solution au texte qui précédait, c'est-à-dire à h. t., 23, § 11 cit., à moins qu'il n'ait été ajouté par les compilateurs pour la rattacher au fr. de Paul intercalé (h. t., 24). Dans ce dernier cas, leur pensée apparaît clairement. Dans le premier celle d'Ulpien ne l'est pas moins : il ne suffisait pas pour que le défendeur fût tenu qu'il y eût mort de l'esclave : il fallait qu'il y eût meurtre de cet esclave (*occisum esse hominem a quocumque oportet*). Or, cette condition n'existait pas dans le cas de D. 9.2.25, pr.

4. Cf. D. 9.2.23, § 11 et h. t., 25.

aduersarius magni litem aestimat). Ainsi le premier faisait une *aestimatio*, une *taxatio* que contestait le second. Et c'est dans cette *taxatio* qu'il convient de trouver la clef de tout le système de la *litiscroissance*.

Nous l'avons vu en effet : dans l'*actio iudicati*, dans l'*actio depensi*, toute évaluation, faite *in iure* par le demandeur, de sa créance était inutile : celle-ci était certaine et s'affirmait, en dehors de lui, par une consécration ou judiciaire ou solennelle, ne laissant plus place à une difficulté d'estimation autant que de principe. Le demandeur devait obligatoirement reproduire dans ses prétentions le chiffre reconnu par le juge ou celui du paiement fait par lui au créancier. Très rares ont pu être les cas où une contestation portait sur la somme que le défendeur prétendait avoir à payer dans l'une et l'autre de ces hypothèses. Nous les connaissons d'ailleurs : ils ne sont que ceux où une exception dilatoire était opposée au demandeur, où le *pater* soutenait n'être tenu que dans les limites du pécule, malgré le *iudicatum* précédemment prononcé contre le fils, où le mari faisait état après coup du bénéfice de compétence, etc.¹ Ces cas sont loin d'être nombreux. Mais chose essentielle à remarquer, ils ne sont tous apparus qu'à une époque relativement récente. L'apparition au plus tôt de l'exception dilatoire ne peut pas remonter plus haut que la procédure formulaire, puisqu'il n'y avait pas d'exceptions sous les actions de la loi. Les *m. i. iudicati et depensi*, ces deux sœurs jumelles, n'en connaissaient aucune. Dans tous les cas le débiteur devait *uinidcem dare* et l'action était du double, sans jamais pouvoir être au simple contre le *uindex*.

Au contraire, avant que cet état de choses cessât — avec au plus tôt la procédure des actions de la loi — la loi Aquilia était votée. Quelles que soient en effet les incertitudes de sa date, tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'elle est antérieure à la loi Aebutia. Or, le nouveau plébiscite portait, nous l'avons vu, des dispositions

1. Ci-dessus, p. 53.

expresses sur l'*infitiatio*. Elles faisaient en même temps apparaître un cas intermédiaire qui n'était pas encore celui de l'exception inconnue alors, ni du bénéfice de compétence, ni de l'*exceptio* (?) de *peculio* ou *in rem uerso* : la négation de la demande non plus dans son principe mais dans son évaluation privée, œuvre suspecte de la victime du dommage. Il était impossible certes de laisser celle-ci complètement libre d'évaluer, d'exagérer à sa guise le préjudice subi par elle et le corollaire de cette considération de bon sens, facile à dégager pour l'esprit le plus primitif qui fût, devait inspirer des prescriptions légales destinées à éviter que, par la menace du double, le défendeur ne se trouvât pas toujours dans la nécessité de subir les exigences de son adversaire. Il fallait donc lui permettre de discuter la *taxatio* du demandeur et, pour cela, l'exonérer de la peine du double. L'*incertum* contenu dans la notion même du *damnum* (*dare damnum*)¹ conduisait nécessairement à une procédure d'évaluation, même après la *pronuntiatio* du juge *damnum decidito* ou, dans un cas très voisin : *talio esto*². En créant — ou en laissant peut-être subsister — une action au simple comme sanction du *damnum datum* et en renforçant la pénalité de cette action dans le cas d'*infitiatio*, le pébiscite, *introduisait bien une nouveauté par rapport aux manus iniectioes iudicati et depensi qui, cependant demeuraient encore en vigueur*. Cherchons à préciser la différence des deux institutions qui devaient ainsi vivre plus ou moins longtemps les unes à côté de l'autre

1° La loi disait :

« Si quis seruum seruamue... iniuria occiderit,
« quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero
« dare damnas esto. »

Il n'y était donc pas question de uindex, parlant pas de m. i., puisque c'était l'auteur lui-même du dommage qui devait, selon le vœu de la loi être condamné à « aes dare ». En admettant qu'elle eût fonctionné antérieurement comme

1. Cf. plus loin, p. 195.

2. Giffard, *Leç. Proc. rom.*, p. 45 et le texte d'Aulu-Gelle, *N. A.*, 20, 1.38.

sanction de ce dommage — et nous rentrons par là même en plein domaine de l'hypothèse — il faut supposer que la loi Aquilia a transformé cette *m. i.* en *m. i. pura*; mais les partisans de cette opinion évitent souvent de se prononcer sur ce sujet¹, car ils craignent sans doute en parlant de *m. i. pura* à propos de l'action de la loi Aquilia qui n'était pas toujours au double, de reconnaître par là que la condamnation dans la *m. i. pura* ne l'était pas davantage, ce qui, en démontrant l'exactitude d'une objection de Mitteis déjà rencontrée, aurait pour effet de ruiner leur théorie sur l'origine de la *litis* croissdnce.

2° L'action ne croissait au double qu'*aduersus infitian-tem*. Nous rencontrons donc ici, pour la première fois, l'application de l'adage *lis infiliando crescit in duplum*, parce que nous trouvons, pour la première fois, une action au simple, fondée sur l'unique contestation de la *taxatio* du demandeur. Ce dernier ne pouvait, au temps des actions de la loi, que s'exprimer ainsi :

« Aio te mihi damnum iniuria fecisse, quam ob rem

« C dare oportet. »

A quoi le défendeur répondait soit en reconnaissant qu'il devait C, c'est-à-dire la somme exacte réclamée par

1. Il est difficile de comprendre, étant donné le texte de la loi, les auteurs qui imaginent que celle-ci admettait la *manus iniectio* « pour une créance tendant à une prestation indéterminée », après une procédure d'estimation (Cuq, *Man.*, p. 569) ou écrivent que « la loi Aquilia instituait... une action unique, qui est à l'époque formulaire au double en cas de négation..., qui, par suite, devait s'exercer par *m. i.* à l'époque des actions de la loi et qui tirait probablement ce caractère des termes mêmes de la loi dans laquelle son auteur déclarait *damnas* celui qui l'enfreindrait » (Girard, *Man.*, p. 441). Ce dernier auteur va même jusqu'à admettre que la *m. i.* de la loi Aquilia et celle du *legatum certum* ne devinrent *purae* qu'après la loi Vallia. Cf. *Man.* p. 1084, n. 4. C'est faire bon marché du texte de la loi ! Plus nuancée et plus obscure est la pensée de Rudorff, *op. cit.*, 375. La loi, dit-il, n'ordonne pas la *m. i. pro iudicato* elle-même, mais seulement l'une de ses conséquences particulières, la *litis* croissdnce, tandis que les Douze Tables ordonnaient très expressément la *m. i. iudicati* par exemple, mais sans penser à la conséquence d'une dénégation. L'idée est apparue peu nettement à Rudorff. Il l'a mal exprimée, car il fallait dire que les Douze Tables ne prévoyaient qu'un cas de dénégation et qu'une *m. i. iudicati* toujours au double. En ce sens, il eût été vrai de dire que cette législation archaïque ne distinguait pas entre les diverses conséquences possibles de la dénégation, soit que celle-ci s'exprimât sur le droit lui-même, soit qu'elle ne concernât que son *quantum*.

la victime du dommage — et la *confessio* était *certi l'addictio* était prononcée si le *confessus* ne payait pas — soit en avouant le fait du délit, mais en disant qu'il ne devait par exemple que L. — dans ce cas, la *confessio* était *incerti*, un nouveau *iudicium* devait être organisé pour l'évaluation du dommage — soit enfin en faisant une *infiliatio* — et nous savons ce qu'il faut entendre par là. L'adage « **lis infitiando crescit in duplum** », c'est-à-dire la **litiscroissance elle-même, est donc une nouveauté dans la loi Aquilia, par rapport à l'action contre le uindex des m. i. iudicati et depensi.**

L'existence d'une *taxatio* faite par le demandeur résulte incontestablement par conséquent du mécanisme même de la *litiscroissance* et c'est elle qui l'explique : il n'y avait d'action au simple que si la contestation ne roulait que sur l'évaluation du préjudice par le demandeur, mais sitôt qu'elle dépassait cette limite simple, facile à définir, l'action « croissait » au double. Cette *taxatio* explique les textes de l'époque classique :

Ulp. liv. XVIII *ad ed.* D.9.2.21.2 : « Sed utrum
« corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum
« occideretur, an potius quanti interfuit nostra non
« esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod
« interest fiat aestimatio¹. »

Ce texte se comprend aisément si l'on songe que c'était le demandeur qui faisait lui-même l'estimation de ses prétentions, pour la soumettre, en cas de contestation, au juge. La victime directement intéressée a été certainement plus prompte que le raisonnement de la doctrine à dégager la notion de son propre intérêt négatif. Elle n'a rencontré, remarquons-le, aucun obstacle dans le texte même de la loi, car celle-ci, dans son premier chapitre, ne prescrit pas rigoureusement, quoi que l'on en pense parfois, de rechercher la valeur de l'esclave ou de l'animal détruit : le démonstratif *id* se rapporte au fait de « *seruum-pecudem occidisse* » qui commande, quant à lui, une notion beaucoup plus large que ne l'était celle de la simple évaluation

1. Aucune interpolation n'est signalée à l'*Index* et à son supplément I.

de l'esclave ou de l'animal. Quant au *quantli ea res erit* ou *fuert* du troisième chapitre, il convient de bien comprendre à son sujet que le mot *res* n'a pas toujours le sens de « chose », mais aussi celui de « procès », « affaire ». Or, ce dernier sens — que l'on ne dégage pas toujours et sur lequel nous reviendrons à propos de la doctrine de M. Ernst Levy sur les actions mixtes¹ — conduit aussi bien à l'idée de l'*interesse* que la formule *id quod interest*.

La *taxatio* du demandeur comportait donc déjà par elle-même un élément subjectif d'évaluation, point de départ de tout le développement postérieur. Et nous retrouvons cette *taxatio* dans l'idée du *quantli interfuert* qu'il serait sans doute exagéré de rapporter à l'auteur du plébiscite. Il est vrai probablement de dire que celui-ci n'avait en vue qu'une notion purement objective d'appréciation du dommage, mais la notion de l'*interesse* se trouvait déjà en puissance dans l'évaluation personnelle de la demande par la victime du délit.

§ 4. *Les actions réprimant le damnum iniuria datum.*

Nous n'entendons pas résoudre ici le problème de la nature pénale ou réipersécutoire de ces actions. Ce sera là matière à une étude distincte. Il ne s'agit, dans ce chapitre, que de rechercher quels étaient les moyens de procédure mis par la loi Aquilia à la disposition des plaideurs.

Aucune controverse n'est aujourd'hui possible, en ce qui concerne l'action au simple dans l'ancien droit. Nous savons en effet que celle-ci ne tendait qu'à l'estimation du dommage et les auteurs sont depuis longtemps fixés en ce sens qu'elle ne pouvait être que la *iudicis arbitriue postulatio*. Huschke remarque en effet que chaque fois que l'action ne concernait pas une *certa pecunia*, ce qui était toujours le cas dans l'*a. leg. Aq.* on en arrivait à la *lilis contestatio*. La procédure différait totalement, dit-il selon que le défendeur avouait ou niait. Dans le premier cas, les

1. Ci dessous, p. 285.

litterae singulares de Valerius Probus (A. L. A.)¹, indiquent la procédure suivie : on nommait un *arbiter litis aestimandae*. Cela n'est pas douteux. Nous savons aujourd'hui que la procédure d'estimation par excellence au temps des actions de la loi était la *iudicis arbitriue postulatio*².

Quant à l'action au double, on pense encore aujourd'hui, nous l'avons vu, à la *manus iniectio pro iudicato*. Cette doctrine compte d'éminents représentants³. Nous ne donnerons toutefois pas à son exposé une place qu'il a méritée ailleurs, car l'étude de la prétendue *manus iniectio* de la loi Aquilia n'est qu'un cas particulier de la théorie plus large pour laquelle toute action à *litis* croissance s'explique par cela qu'elle s'intentait originairement *per manus iniectionem*. Nous ne reviendrons donc pas sur les développements généraux du début de ce livre. Néanmoins, il est impossible de passer par dessus les conceptions, spécialement appliquées à notre présent sujet, par Pernice, l'un des principaux partisans de l'opinion rappelée.

Sans doute, dit M. Pernice⁴, Gaius (4.21) où l'on croyait

1. Cf. Girard, *Textes*, p. 216, « In legibus actionibus », 10. Cf. Huschke, *Z. f. G. R. W.*, 13, p. 272.

2. Cf. Wlassak, *ZS.*, 25, p. 165, qui place, après une *confessio* portant sur une *certa res*, comme après un jugement n'exprimant pas une condamnation pécuniaire, la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* conduisant, dit-il, à une estimation, et sur cette même procédure après une *confessio* sur le délit de la loi Aquilia, Giffard, *Leç. de proc. rom.*, p. 48. Voy. aussi sur le caractère accessoire de la *iudicis arbitriue postulatio* Huvelin « *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule* », *Mél. Gérardin*, p. 340 à 343.

3. Voy. ci-dessus, p. 96, n. 1.

4. Cf. *Sachbeschädigung*, pp. 116-131. L'auteur croyait à l'existence d'une *multae petitio ex lege Aquilia* en la forme des procédures criminelles, vestige, selon lui, de l'amende tarifée qui, dans les Douze Tables, sanctionnait le *damnum iniuria datum*. Nous n'avons sur cette procédure qu'un seul témoignage : *Cic. Brut.*, § 131 : « Atque eodem tempore accusator de plebe Caesulanus fuit, quem ego audiui iam senem cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia damni iniuria petuisset. » Voy. sur ce texte, Rudorff, *Litis*-*croissance*, p. 388, n. 133 et Pernice, *op. cit.*, p. 102, n. 2. Cette amende ne devait être appliquée que dans les cas qui furent plus tard reprimés dans le premier chapitre de la loi Aquilia ou dans les hypothèses les plus graves, prévues par le troisième, par exemple l'incendie volontaire. Le meurtre d'un esclave ou d'un animal domestique, d'un *bos aratorius* par exemple devait être plus sévèrement regardé à l'époque la plus ancienne. Il ne pouvait être question d'ailleurs d'une amende comme sanction d'une simple négligence, car, pour le dol même, la répression publique du délit n'était pas encourue. Mais, avec le déclin de la propriété campagnarde, le caractère précieux de l'animal domestique disparut peu à peu, si bien que l'on n'eut

lire autrefois « *lege Aquilia cautum est*¹ », ne fournit-il pas à l'appui de cette doctrine un argument de texte décisif, mais les mots *damnas esto* de la loi doivent s'entendre d'une disposition législative autorisant la procédure d'exécution, car l'obligé, que la loi ou une disposition impérative désignaient anciennement comme *damnatus*, l'était bien dans le sens rigoureux et absolu de ce mot : il était *damnatus* également du point de vue de la procédure². L'intervention du *uindex*, du *manum depellens* était nécessaire. Comment le procès se déroulait-il ensuite ? Nous ne le savons pas, dit Pernice. Vraisemblablement, la condamnation au double relevait de l'*officium* du juge. Cela expliquerait pourquoi les Douze Tables ne faisaient aucune mention de celle-ci. Audemeurant le double ne devait pas être considéré comme une pure peine de procédure ordinaire, mais, résultant d'une procédure solennelle d'exécution, il ne pouvait

plus besoin de considérer comme un délit public, la destruction d'un cheval ou d'un mulet. La *lex Cornelia de Sicariis* intervenait, pour punir le meurtre dolosif d'un esclave ou l'incendie consommé avec dol. Nous ne tenons pas cette opinion pour complètement infondée. D'une part, c'est très arbitrairement que Mommsen (*Strafrecht*, p. 826, n. 4 et tome 3, p. 146, n. 2 de la trad. franç.) corrige les mots *damni iniuria* par *damni iustitia* et émet aussi l'hypothèse qu'il s'agit d'une autre loi que la nôtre. Sans doute le déclin de la propriété rurale a si peu entraîné l'avilissement des prix du quadrupède ou du *pecus* que, — et Pernice le reconnaît — la loi *Aquilia* paraît bien avoir substitué au système ancien de l'amende fixe, une estimation de la plus haute valeur de la chose dans l'année ou le mois précédant le délit, ce qui, dans tous les cas, devait être beaucoup plus avantageux pour la victime. Nous savons qu'il faut tenir le plus grand cas de la précision — très affectée — des termes techniques employés par Cicéron dans ses discours (cf. Laurand, *Etudes sur le Style des discours de Cicéron*, 1907, Hachette). La *multa legis Aquiliae*, sur laquelle Pernice a, croyons-nous, avec raison attiré l'attention, c'est-à-dire la peine fixe analogue par exemple à celle qui punissait l'*os frarium servi* dans la loi des Douze Tables, peut fort bien être un souvenir historique. Elle mérite certainement de retenir l'attention. Ajoutons que Pernice estimait que cette *multae petitio* rapidement tombée en désuétude n'avait rien eu à voir avec la fameuse *condictio certi ex lege Aquilia* dont il est question au D. 12.1 *de reb. cred.* 9.1. Malgré Huschke (*Z. f. G. R. W.*, 13.32 et s., Gajus 112.16), Pernice se refusait à voir dans l'*a. leg. Ag.* une *condictio*, car il pensait que l'objet endommagé constituait avant tout un *incertum* rendant nécessaire une procédure d'estimation. Il repousse aussi la correction de Huschke sur le texte de la *Collatio*, 2. 4 et 12.7.

1. Cf. lecture de Kübler : « *lege aliqua c. e.* » Comp. *apog. Studem.* et Pellat (p. 348, n. 2) : « *Lege Aquilia* ».

2. En ce sens, Bruns, *Z. f. R. G.*, 3.360; Keller, *Civ. Pr.*, 77, Huschke, *Nexum*, 142.

être compris que grâce à une fiction. De même en effet que celui qui avait été condamné et qui, dans l'instance en exécution, introduisait un second procès sur la même question, devait, s'il succombait encore, être condamné une deuxième fois et supporter finalement le double de la dette, de même le transport fictif de la *m. i.* à d'autres hypothèses, que le *iudicatum*, consistait à supposer un procès antérieur résolu à l'avantage de la victime. C'est ce qu'exprimerait la formule usitée : *pro iudicato tibi manum inicio*. D'où la seconde procédure devait bien être celle de l'exécution¹, c'est-à-dire la *m. i.*, mais une *m. i. pura*.

On sent combien cette construction est pénible. Elle n'est due qu'à un laborieux effort d'imagination, dans lequel Pernice avait d'ailleurs été précédé par Huschke². Elle n'a aucun appui dans les textes, car nous ne trouvons nulle part un simple commencement de preuve à invoquer en faveur de la prétendue *m. i. l. Ag.* Au contraire le mécanisme lui-même de procédure institué par la loi est incompatible avec la *m. i.*, car celle-ci excluait toute action au simple. Si l'on explique l'*a.* au double en soutenant que la *m. i. pura* était elle-même du double, on renonce à comprendre l'existence d'une action au simple *ex lege Aquilia*. Enfin il ne suffit pas d'admettre comme Pernice et Huschke l'ont compris, que la loi prononçait elle-même par les mots *damnas esto*³ la condamnation du délinquant : il faut supposer une procédure intermédiaire de liquidation pécuniaire — car la *m. i.* ne pouvait être employée que pour le recouvrement d'une créance certaine, liquidée en

1. La *litiscreissancie*, conclut Pernice, p. 107 — et ce sera là le raisonnement de Girard — ne peut s'expliquer que si l'on admet que la *lex Ag.* avait ordonné une *m. i.*, car elle est la conséquence de cette disposition.

2. *Op. cit.*, p. 261 et s. La *lex Ag.*, dit Huschke, a placé le dommage contraire au droit sous le principe de l'*a. iudicati*, car avec sa prescription « quanti in... fuit » ou « quanti ea res erit in diebus XXX proximis tantum aes domino dare damnas esto », elle avait, pour ainsi dire, prononcé elle-même à la place du juge, la sentence exprimée en une somme d'argent certaine ne restant plus qu'à évaluer (*sic*).

3. Huschke ne rattache pas la *m. i.* à la *damnatio*. Cf. *op. cit.*, p. 275. Il existe, dit-il, une *damnatio* dans le legs *sinendi modo* et l'héritier convaincu d'avoir nié, n'est pas, à ce propos condamné au double. D'autre part, le legs *p. damnat.* est valable sans *damnatio*, avec la formule *dato* (Gai, 2, 201) et l'héritier est, s'il est convaincu d'*infitiatio*, à ce sujet condamné au double.

argent — avant que ne s'ouvrit la procédure d'exécution. Or, la sentence du *iudex* ou de l'*arbiter liti aestimandae* était certainement exécutoire par elle-même, sans que le demandeur eut besoin de s'appuyer, en règle générale, sur la *pronuntiatio* antérieure. Nous ne revenons pas sur cette démonstration de Wlassak¹. Admettre une *litis aestimatio* — et l'on y est conduit par la force des choses — revient donc à enlever toute utilité, toute signification aux prétendues dispositions de la loi Aquilia, ayant ordonné une *m. i.*, car celle-ci résultait alors de la décision du juge chargé de l'estimation, et cela dans tous les cas, soit que le défendeur ait reconnu la matérialité du fait, soit qu'ayant nié, il ait été convaincu et condamné.

Cette doctrine, complètement abandonnée aujourd'hui en Allemagne², figure encore, sauf quelques variantes, dans certains manuels français. M. Girard a toujours soutenu avec force que l'*a. leg. Aq.* était primitivement une *manus iniectio*³. Il semble cependant que le raisonnement du maître français soit aussi peu irréprochable en la forme qu'il ne l'est quant au fond. C'est un cercle vicieux en effet que de démontrer cette *m. i.* par l'application plus récente de l'adage *lis infiliando crescit in duplum* à l'*actio legis Aquiliae*, d'où l'on déduit que cette action était anciennement une *m. i.*⁴ et d'expliquer, par ailleurs⁵, cet adage lui-même par la *m. i.* antérieure. Cette opinion aussi tend à disparaître de l'enseignement français⁶.

1. Cf. ZS., p. 181 : « Vollstreckbar gegen den Schuldner ist vom Anfang an auch die Sentenz des Schätzungsrichters... »

2. Cf. ci-dessus, p. 36 et n. 3 et 4 et p. 39.

3. Ci-dessus, p. 96, n. 1.

4. Cf. *Man.*, p. 441, n. 3 : « Nous montrerons plus loin comment la peine du double contre celui qui nie, a remplacé sous la procédure formulaire la peine semblable encourue par le *iudex* de la *m. i.* »

5. *Man.*, p. 1084 : « Ce caractère (d'être au double *aduersus infitiantem*) leur vient de ce qu'elles (les *a. à litisc.*) s'intentaient sous les actions de la loi par une *m. i.* ou le *iudex*... encourait la peine du double en contredisant la demande. »

6. C'est ce qui semble ressortir de l'enseignement de MM. Giffard et Fliniaux à leurs cours.

La *m. i.* écartée, quelle procédure faut-il mettre, dans l'ancien droit, à sa place?

Nous ne voyons aucun inconvénient à transporter dans la matière du *damnum iniuria datum* les règles de la procédure suivie dans celle voisine du *furtum*. Certes le *furtum* est un délit distinct du *damnum iniuria datum* et ne doit pas être confondu avec lui, bien qu'à l'origine les deux notions aient sans aucun doute été assez proches l'une de l'autre¹. Mains traits cependant leur sont communs. Ainsi le *furtum* de l'esclave est assimilé, dans la loi des Douze Tables, au dommage causé par lui, en ce sens que, dans les deux cas, il existe, pour son maître, même alternative que celle figurant dans l'*a.* « *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*², à savoir *aut noxiam sarcire aut in noxam dedere*. Enfin le mode d'évaluation de la peine est le même dans le *furtum* et l'*a. leg. Aq.* Dans le premier en effet, la composition que devra verser le voleur sera calculée sur la base de la plus haute valeur de la chose depuis le vol³. Dans l'action de la loi Aquilia, le même calcul sera fait en tenant compte de la plus haute valeur dans le cours de la dernière année ou les trente derniers jours. L'identité absolue de la règle n'était pas possible : comment concevoir une plus-value, un accroissement de la valeur de la chose détruite ou seulement endommagée? Il fallait donc rechercher un point de départ autre que celui du délit, pour l'action de la loi Aquilia et il a été trouvé dans le début de l'année ou des trente derniers jours. On comprend cependant que l'idée est la même dans les deux cas. Aussi bien le parallélisme des deux actions s'affirme-t-il dans tout le cours du développement du droit romain, où elles seront toujours considérées comme les exemples typiques

1. *Cours de M. Giffard*, 1931-32, p. 644.

2. Lenel³, p. 195.

La différence entre l'*a. leg. Aq.*, et l'*a. furti* est marquée par ce fait que la transaction n'est pas interdite pour la seconde (cf. D. 2.14.7.14 : « Nam et de furto pacisci lex permittit » et la loi Julia : « Quei furtei quod ipse fecit fecerit condemnatus *pactus* est erit... »), alors qu'elle l'est pour la première. Cf. Paul, *Sent.*, 1.19.2. Nous reviendrons plus longuement sur ce point dans un chapitre spécial.

3. Cf. Mommsen, *Dr. pén.*, 3, p. 58.

et originaires de l'action noxale, et conduira Ulpien (liv. XVIII *ad ed.*), lorsqu'il recherchera si l'impubère peut être tenu *ex lege Aquilia*, à écrire : « quodsi inpubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquiliam eum... », ajoutant d'ailleurs à l'unique exigence de Labéon, qui paraît se rattacher à quelque doctrine ancienne, une condition supplémentaire : « et hoc puto uerum, si sit iam iniuriae capax¹. »

1. Les parentés du *furtum* et du *damnum iniuria datum* sont si grandes à nos yeux que nous nous sommes même demandé, si, à l'origine, les deux notions ne se confondaient pas en une seule et si le *damnum iniuria datum* n'avait pas toujours été puni, avant la loi Aquilia, de la peine du double. Cf. Pline, *Hist. Nat.*, 18.3.12 : « Frugem — aratro quaesitam noctu pauisse ac secuisse puberi XII Tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubeant — inpubem praetoris arbitratu uerberari noxiamue duplionem decerni. » On pourrait voir dans ce texte la trace d'une confusion ancienne entre le *furtum* et le *damnum* de la loi Aquilia. A l'époque classique en effet, le délit qui consiste à faire paître son troupeau sur le champ du voisin ou à le moissonner *noctu* est puni, selon les cas, soit par l'*a. furti*, si le délinquant a eu l'intention de s'approprier les moissons, soit par celle du *damnum iniuriae*. Cf. sur ce point, Huvelin, *Furtum*, p. 61 et s.; Fliniaux, « Une vieille action du droit romain, *Mél. Cornil.*, p. 283, n. 3. Or, au temps des Douze Tables, il semble que ce même délit ne constituait jamais qu'un *furtum*, comme l'indiquent les mots « frugem furtim... pauisse ac secuisse ». L'intention de lucre n'est pas exigée à l'époque des Douze Tables, Mommsen, *Droit pén.*, 3, p. 80, fait remarquer avec raison que le délit dont parle Pline était reprimé comme délit public, ce qui ressort de son rapprochement avec le meurtre et de la peine religieuse du crucifiement. Il reconnaît cependant (n. 4) que le texte « paraît ordonner, pour le cas où le coupable est impubère en puissance, la procédure privée, c'est-à-dire l'*a. de vol noxale* ». *Contra*, Karlowa, *R. Rechtsgesch.*, 2, p. 797, pour qui l'action dont parle Pline serait la sanction du *damnum*. Là-dessus, Huvelin, *op. cit.* p. 62. Notre texte a été expliqué par M. Fliniaux. Cet auteur distingue le *furtum* résultant du délit rapporté par Pline de celui réprimé par l'*a. de pastu*, non pas en ce que le premier est commis nuitamment, circonstance simplement aggravante du *furtum*, mais en ce qu'il s'exerce sur une *frugem aratro quaesitam*, c'est-à-dire sur un fruit obtenu par la charrue, tandis que celui réprimé par l'*a. de pastu* n'a pour objet que l'herbe des prairies (fruits naturels par opposition aux fruits industriels). Or, Ulp., liv. 18 *ad ed.*, D. 9.2.27.25 : « Si... segetem desecuerit immaturam... Aquilia tenebitur, » atteste qu'à l'époque classique le fait de moissonner des fruits industriels, sans se les approprier, tombait sous le coup de la loi Aquilia. Cf. Fliniaux, *op. c.* p. 283-284 et la note 3 de la p. 283 précit. — Nous ne pouvons cependant nous décider à affirmer pour la première fois, que le *damnum* était anciennement toujours puni du double, comme le *furtum*. Indépendamment de certaines considérations — qui seront exposées en leur temps — desquelles il paraît résulter que la loi Aquilia a renforcé la pénalité frappant le *damnum iniuriae*, la portée du texte de Pline ne saurait être exagérée. Aussi bien la fin du texte est-elle douteuse et a-t-elle été corrigée par divers éditeurs, soit en *noxiamue duplionem decidi* (Schoell), soit en *noxiamue duplione decerni*. Cf. Mommsen, dans Bruns, I, p. 31, n. 9; Fliniaux, *op. cit.*, p. 273,

Nous pensons donc qu'il convient de voir dans l'*a. leg.*, *Aq.* au double la même action que celle par laquelle on poursuivait la répression privée du vol : la *legis actio per sacramentum*, d'autant plus que celle-ci nous est représentée par Gaius (4.13) comme la procédure de droit commun (*actio generalis*)¹. Le demandeur devait nécessairement

n. 4; *contra* Huvelin, *Furtum*, p. 63; l'édition Teubner (1901), des *Hist. Nat.*, tome 3, p. 145 et n. 7 écarte les corrections *noxiamque duplione* et *noxiamue duplionem*. — On peut concevoir cependant encore certaines hésitations en présence de Paul, l. 9, *ad. Sab.*, D. 47.7.1; Lenel, 1803 : « Si *furtim arbores caesae sint*, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait : sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet. » Il s'agit du délit *arbores furtim caedere* qui, selon M. Lenel, doit être soigneusement distingué de celui dont nait, dans les Douze Tables, l'*a. de arboribus succisis*. Cf. Lenel², p. 337, qui tient d'ailleurs ce texte pour interpolé et sur l'interpolation, Huvelin, *op. cit.*, p. 68; Fliniaux, *Studi Bonfante*, I, p. 533, M. Lenel s'étonne d'être contraint à faire figurer cette *a.* au titre de *furtis*, alors qu'elle serait mieux à sa place dans le voisinage de l'*a. de modo agri* et de l'*a. leg. Aq.* (cf. contre cette classification, Levy, *Konk.*, 2, p. 205, n. 1). Le mot « *furtim*, qui seul légitime son classement parmi les moyens de droit prétorien sanctionnant le *furtum*, paraît, si l'on en juge d'après le nom de l'*a. legitima* (*de arboribus succisis*), être étranger à cette dernière. Cf. également, D. 47.7.5. pr. : « *Caedere est...* 1) — *Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae.* » S'il est vrai, comme l'a peut-être aperçu génialement Huvelin (*op. cit.*, p. 807), que le *furtum proprium* soit né de la notion de la *subreptio* qui englobait également celle du *damnum*, les deux textes s'éclaircissent. Dans le premier, il nous serait attesté que le fait d'*arbores furtim caedere* pouvait être réprimé à la fois par une action donnée par les Douze Tables et par l'*a. leg. Aq.* Dans le second — témoignage qui confirme l'exactitude du premier — le même jurisconsulte (Paul) dans le même ouvrage (*ad Sab.*), dans le même livre (9 de *furtis*), dans le même passage enfin (car le fr. 1 et le fr. 5 du titre 7 au D. 47 se suivent dans la restitution de Lenel), affirme que l'*a. leg. Aq.*, et l'*a. furtim arb. caes.* ont la même cause, en d'autres termes qu'elles répriment le même fait. Par ailleurs, Gaius, dans son commentaire sur la loi des Douze Tables, liv. I, D. 47.7.2, explique visiblement une disposition de cette loi en écrivant : « *Sciendum est autem eos, qui arbores et maxime uites occiderint, etiam tamquam latrones puniri.* » Cf. Fliniaux, *op. cit.*, p. 530. On peut se demander si le *damnum iniuriae* n'était pas puni comme un vol par la loi des Douze Tables et si l'innovation de la loi Aquilia n'a pas été d'introduire une action au simple là où n'existait jusqu'alors qu'une action au double, opérant du même coup la séparation des deux notions juridiques du *damnum* et du *furtum*, comme conséquence d'un phénomène de dégradation, d'atténuation de la pénalité ou du caractère pénal de l'action que nous avons déjà remarqué dans l'étude de l'*a. depensi*. Voy. aussi, D. 47.6.5, *ex lege Aquilia vel ex XII Tab.* Mais il existe à l'encontre de cette opinion, dont nous ressentons toutes les séductions, des arguments très puissants, donnés par M. Giffard à son cours et auxquels il ne semble pas possible de passer outre. Ci-dessous, p. 125 et s.

1. Cf. en outre, Varron, de *l. l.*, V, 180 : « *Ea pecunia, quae in iudicium uenit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus...* » Il n'est peut-être pas sans intérêt de remarquer ici l'emploi du verbe *infitiari*.

préciser la valeur de ce qu'il réclamait, pour fixer le taux du *sacramentum*¹.

La procédure, dans l'action du vol, s'engageait sur une déclaration de l'*actor* : « Aio furtum factum esse... » Le défendeur choisissait alors le parti qu'il lui convenait de prendre. Ce n'était que s'il niait que le demandeur répliquait : « quando negas, te sacramento... prouoco. » L'*actio sacramenti* ne naissait qu'à ce moment. Si donc, le défendeur ne niait pas, le *sacramentum* ne pouvait pas se concevoir. Il était au contraire la procédure toute désignée dans le cas d'une opposition tranchée (*quando negas*), donc de l'*infinitio*.

Quant aux formules de l'époque postérieure, nous n'ajouterons pas une tentative infructueuse de plus à toutes celles qui ont été faites jusqu'ici pour en reconstituer la teneur. Nous ne pouvons avancer qu'une seule chose, en conclusion de tous les développements qui précèdent : c'est que la formule de l'action était incertaine et qu'elle comportait une *taxatio*². Il est impossible de comprendre la règle *lis infitiando crescit in duplum*, née, dans la matière de la loi Aquilia, de l'apparition d'une action au simple, si l'on admet pas que le critère d'application de cette règle reposait sur la distinction des cas où seule l'évaluation du droit rendu certain dans son principe par la *confessio* du défendeur faisait l'objet d'une ultime contesta-

1. Cf. Giffard, *Leç.*, p. 45, n. 1.

2. Cf. en sens contraire, Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der Taxatio*, p. 90 et s. D'après la formule de l'action de la loi Aquilia, dit en substance Hefke, le juge n'était enfermé dans aucune limite. La *condemnatio* de la *formula confessoria* était *infinita*. Cette hypothèse tombe d'elle-même devant le fait que l'auteur est obligé d'admettre que le demandeur devait évaluer ses prétentions et que le préteur, si le défendeur contestait cette évaluation, devait la supprimer (*kassirte*) pour confier l'appréciation du montant du litige au juge en toute liberté. Mais la raison pour laquelle Hefke pense que la *taxatio* du demandeur ne pouvait pas passer dans la formule est sans aucune valeur. La *taxatio*, dit-il, aurait dû être vérifiée par le magistrat, si elle avait été insérée dans la *condemnatio*, et cela aurait entraîné une inadmissible procédure de vérification et de preuve *in iure*, que le juge *rei aestimandae* aurait été inutilement obligé de recommencer. Or, nous savons que la *taxatio* passait directement le plus souvent dans la *condemnatio*, sans aucun examens du magistrat à l'époque classique. Cf. ci-dessus, p. 80, n. 1.

tion, celui-ci se déclarant prêt à payer l'amende sans passer, pour cela, par les fourches caudines, c'est-à-dire l'évaluation excessive de la victime du délit.

Section II. — Le droit postclassique.

Nous avons rencontré, pour la première fois, l'adage *lis infitiando crescit in duplum* dans le mécanisme procédural de la loi Aquilia. L'étude du droit postclassique permet de faire ressortir les curieuses déformations de cette institution.

A nos yeux, une double transformation s'opère dans le droit postclassique :

1^o Les textes de cette époque attestent que l'on pense alors que la règle entière, selon laquelle la dette croît au double à raison de la négation, repose exclusivement dans toutes ses applications sur la loi Aquilia¹.

2^o D'autre part, on constate, à les lire, une tendance à faire de l'action à *litiscroissance* une action toujours au double². Cette idée, essentielle à comprendre, va nous fournir le point de départ de nombre de nos développements postérieurs, non seulement du présent chapitre, mais encore de ceux consacrés à plusieurs des actions qu'il nous reste à étudier.

Ainsi un double mouvement historique apparaît à l'interprète du droit. Dans un sens, ce mouvement tend à élargir le concept de la *litiscroissance* aquilienne : il déborde le cadre primitif de la loi et envahit tout le domaine ancien de l'institution. Quelles voies d'accès lui ont-elles été offertes ? Quel précédent historique la nouvelle doctrine avait-elle rencontré, avant de s'engager dans des bifurcations en apparence imprévues et tortueuses, au milieu desquelles le juriste d'aujourd'hui se trouve dérouté et contraint, dès lors qu'il fait insuffisamment appel à l'histoire, à accuser ses lointains prédécesseurs de la période

1. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 392.

2. Bonfante, *Istituzioni*, 9^e éd., p. 504, n. 1.

obscur où vont peu à peu, dit-on, se noyer les clartés de l'époque classique, d'ignorance et de manque d'esprit critique¹ ?

Dans un autre sens, le mouvement tend au contraire à restreindre le domaine de la *litiscroissance*, à en expulser tout ce qui concernait l'action au simple, base essentielle du doublement à qui elle offrait l'unité nécessaire à son calcul. L'adage *lis infitiando crescit* n'a plus qu'une vie de pure forme, toute de façade : en réalité l'institution agonise derrière la phraséologie conservée du temps antérieur. Mais les barrières tombent, malgré la distinction des *Institutiones*² qui n'est plus qu'une survivance historique, entre l'action qui « croissait » au double et l'action au double dès le début de l'instance.

En réalité, on le comprend par ce qui précède, écrire l'histoire de la *litiscroissance* aquilienne pour l'époque postclassique revient à écrire, en très grande partie, l'histoire de la *litiscroissance* tout court. Nous pourrions, si nous n'entendions pas nous défendre d'un excès de synthèse, faire entrer tous nos développements à venir sur cette première partie dans un seul et dernier chapitre. Nous ne nous en reconnaissons pas le droit, car une pareille construction ressemblerait à une synthèse hâtive. Elle imposerait à nos lecteurs les cadres de notre pensée déjà formée par l'étude complète du sujet. Plus difficile mais plus tentante nous semble l'idée d'essayer de faire naître l'esquisse des constructions prochaines par l'étude uniforme de toutes nos actions à *litiscroissance*, en laissant apercevoir, à propos de chacune d'entre elles, les liens qui établissent sa filiation et permettent de suivre sa destinée.

Nous nous contenterons donc d'étudier dans cette section deuxième sans sortir de la loi Aquilia :

a) L'élargissement de la *litiscroissance* à l'époque postclassique par la voie de l'*actio legis Aquiliae*.

b) Les tendances vers la confusion postclassique de l'*actio, quae crescebat* avec l'*actio in duplum ab initio*.

1. Rudorff, *op. cit.*, p. 393.

2. *Inst. Justinien*, 4.16. de p. tem, litig. 1. comp. Gai, 4.173.

§ 1. *L'élargissement de la litiscroissance ex lege Aquilia.*

Le même phénomène se remarque en Occident comme en Orient¹.

En Occident, l'*Interpretatio*, sous Paul, Sent. 1.19.1, porte :

« Aliqua, quae quum ab iis, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitore negata fuerint, dupli satisfactione redduntur, id est, res iudicata, legati per damnationem relictī, id est, si quid heres legati titulo dare iussus est, et petitum negauerit, uel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire noluerit, uel de modo agri, quum a uenditore emptor fuerit circumscriptus, ut minus inueniatur, quam probatur scriptum. Quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur². »

Il en est de même de la *lex romana Burgundionum*, ainsi que nous l'avons vu déjà³. Outre le texte précité, nous y trouvons encore un autre fr. 14.8.29 :

« Si quis caballum ligando ei os aut scindola uel per pannum rubrum eum ita turbauerit, ut pereat, si factum suum non negauerit simpla hoc satisfactione componat; si negauerit et conuictus fuerit, dupli secundum legem Aquiliam qua infitiantes duplo tenentur. »

Les anciens interprètes, dit Rudorff, prenaient ces bavardages pour ce qu'ils sont : des relations dépourvues d'esprit critique d'une époque bien éloignée de celle de la loi Aquilia. Car il apparaît avec certitude que l'erreur est grossière, qui consiste à rattacher tous les cas où l'action croissait anciennement au double à la seule loi Aquilia. Nous verrons cependant plus loin quelles conséquences certains auteurs du siècle dernier ont cru pouvoir tirer de ces textes, relativement aux origines de la loi.

En Orient, la Nouvelle 18. c. 8., du 1^{er} mars 536 laisse

1. Cf. Rotondi, *Scritti Giuridici*, 2, p. 420-425.

2. Cf. ci-dessus, p. 69.

3. Cf. préface de Haenel, p. xciv. Voy. en outre, l'*interpretatio* sous S, 2.31.23 : « In duplum damni muletatur, »

percer que, pour son rédacteur, la loi Aquilia constitue la base elle-même de la *litiscroissance*. C'est à ce plébiscite que l'Empereur pense pour mettre fin à certaines pratiques détestables :

ἡ δὲ περὶ τὴν ἀγνωμοσύνην γινομένη παρὰ τινων σπουδὴ ἀναγκαῖον ἡμῖν ἐποίησε τὴν τοῦ δήμου πάλαι νομοθεσίαν ἀποδέξασθαι, ἣν διὰ τινος τῶν οἰκείων ἔγραψε δημάρχων, τὴν τοῦ Ἀκουτίλου προσηγορίαν ἔξ ἐκείνου δεξαμένην, καθ' ἣν ἐξ ἀρνήσεως διπλαῖς ὑπέβαλε ταῖς εἰσπράξεσι τοὺς ἀγνωμονεῖν τε καὶ ἀρνεῖσθαι πειρωμένους · ὅπου γε δὴ καὶ ἄλλαι τινὲς ἀγωγαὶ πρὸς τὴν αὐτὴν ὥρμησαν τάξιν.

« *Malitiae uero studium*
« *quod a quibusdam exer-*
« *cetur necessitatem nobis*
« *imposuit antiquae legis*
« *a plebe datae compro-*
« *bandae, quam scripsit per*
« *unum ex tribunis suis,*
« *per quam ex infitiatione*
« *dupli exactioni subiecit*
« *eos qui malitiose agere*
« *et infititari conarentur :*
« *ubi uero et aliae quaedam*
« *actiones ad eundem ordi-*
« *nem directae sunt*¹. »

C'est avec raison que Rotondi fait remarquer, à propos de ce texte, que malgré l'imprécision du dernier membre de phrase, il semble bien que, pour l'auteur de la Nouvelle, la loi Aquilia passait pour avoir introduit, non

1. Cf. cit. par Rotondi, p. 421, *Syn. Minor.*, n° 23 (de Michel Attaliat) *Zach. I., gr. rom.*, 2, 176 :

ἐν τοῖς νόμοις (διὰφοροι δὲ οἱ νόμοι) εἰσὶ τινες καὶ περὶ ζημίας διαλαμβάνοντες, καὶ τῶν περὶ ζημίας νόμων ὁ Ἀκουτίλιος νόμος ἐστὶν ἀπάντων ἐπικρατέστερος. παρακελεύεται δὲ οὗτος καὶ περὶ τῶν ἄλλων μὲν ζημιῶν, ἐξαιρέτως δὲ περὶ τῶν ἀποδιδόμενων εἰς τὸ διπλάσιον.

« *In legibus (diuersae autem*
« *leges) sunt quaedam de damno*
« *sancientes, et inter leges de*
« *damno Aquilia lex est omnium*
« *ualidissima : praecipit uero ista*
« *et de aliis damnis; praesertim*
« *uero de his quae in duplum*
« *competunt.* »

Comp. également *Gloss. uerb. iuris* in Otto, *Thesaurus*, 3, 1711 :

Ἀκουτίλιος ἀγωγή κινουμένη κατὰ τοῦ ὑπερδεμένου δοῦναι τὸ καταληφθέν

ὁ δὲ γε Ἀκουτίλιος ἀγωγή τις πυγχάνει—κατὰ τοῦ μὴ παρέχοντος τῷ σεβασμῷ τόπω—ὅπερ ληγύτον ὥρισε σαφῶς ὁ τελευταῖος.

« *Aquila actio mota aduersus*
« *recusantem reddere legatum.* »
Psell. Synopsis, vers 477 :
« *Aquila actio competit in eum*
« *qui non praestat pio loco*
« *legatum quod definiuit aperte*
« *defunctus.* »

seulement l'action qui naissait d'elle, mais encore toutes les autres actions à *litiscroissance*¹. D'autre part, la concordance des sources occidentales et byzantines exclut toute possibilité d'une erreur de copiste çà ou là. Aussi tous les auteurs admettent-ils — et depuis longtemps — que nous nous trouvons ici en présence d'une doctrine généralement répandue². Mais il restait à M. Rotondi d'en tirer une preuve de plus à l'appui de la thèse bien connue, pour laquelle il faut voir dans pareille constatation la trace de l'influence des écoles du quatrième et cinquième siècles. Seulement Rotondi constate les nombreux et profonds parallélismes des doctrines postclassiques d'Orient et d'Occident et cette dernière constatation nous semble enlever toute force à la précédente.

Ce point écarté, il nous paraît cependant que l'explication de la nouvelle doctrine a été entrevue par M. Rotondi, tout au moins dans ses grandes lignes. Le fait que certaines actions qui n'avaient entre elles aucune parenté apparente *infitione crescebant in duplum* ne pouvait apparaître aux juristes de l'époque postclassique que comme le résultat d'une disposition positive expresse. Or, la loi Aquilia offrait alors le cas le plus important et le plus usuel de *litiscroissance*. De là à lui attribuer une portée générale, il n'y avait qu'un pas rapidement franchi.

Mais les développements qui précèdent nous permettent d'aller beaucoup plus loin. Rotondi, malgré une hésitation³, admet en effet la thèse de Girard sur les origines de la *litiscroissance* et pense, comme le maître français, que celles-ci sont à rechercher dans la *m. i.* ancienne. Aussi bien n'a-t-il pas étudié le sujet dans son ensemble et s'est contenté de retracer l'évolution postclassique de la *litiscroissance* aquilienne. Sans doute signale-t-il des déviations assez anciennes, remontant jusqu'à Sénèque, du concept de l'*infitiatio*⁴. Mais c'est là chose très secondaire dans son étude.

1. Rotondi, p. 421.

2. Cf. littérature dans Rotondi, p. 423.

3. Cf. p. 423, n. 2.

4. P. 419-420.

Il aurait peut-être remarqué, par une analyse complète du sujet, que, sans recourir aux hypothèses plus ou moins aventureuses de Huschke et sans supposer que la loi Aquilia contenait un quatrième chapitre, l'opinion de Sell pour qui la loi Aquilia avait introduit le premier cas de *litiscroissance* ne devait pas être méprisée avec la désinvolture injuste dont on use habituellement vis-à-vis d'elle¹. La *litiscroissance* dans la loi Aquilia, nous l'avons vu, a précédé par la force même des choses la *litiscroissance* dans l'*a. iudicati* et dans l'*a. depensi*. Reste, il est vrai, à examiner le problème pour l'*a. ex testamento*. Ce sera là l'objet d'un prochain chapitre. Nous rechercherons alors si le même développement parallèle à celui des *a. iud. et dep.* n'a pas abouti au même résultat. Car il paraît bien que la *litiscroissance aquilienne* a été le modèle observé dans ces deux actions, reproduit avec exactitude dès que la suppression de la *m. i iud et dep.* a permis l'apparition de l'action au simple. Ainsi dans deux sur les trois autres cas de *litiscroissance* — qui sont absolument sûrs — les sources occidentales et orientales ne portent pas un témoignage complètement faux. Elles exagèrent seulement une vérité historique qui, avec le temps, s'est déformée, grossie. Elles rapportent à une disposition expresse de la loi Aquilia ce qui provient indirectement d'elle, non pas certainement de ses prévisions, mais d'un développement historique dont elle a fourni le point de départ. En d'autres termes, ce n'est pas de la loi Aquilia certainement que tous les cas de *litiscroissance* sont sortis, mais nous pouvons d'ores et déjà affirmer que c'est à son imitation que ceux du *iudicatum* et du *depensum* ont reçu application de l'adage *lis infitiano crescit in duplum*, maxime qui leur était complètement étrangère jusqu'à la procédure formulaire, alors qu'elle ne l'était pas au contraire à la répression du *damnum iniuria datum*.

On comprend mieux par là que « nelle fonti bizantine è « frequente la designazione perifrastica dell'a.l. Aquiliae

1. Rotondi, p. 423, n. 1, Huschke, *Zum vierten Busch*, p. 284.

« come quell'azione che è *in duplum aduersus infitiantem, aduersus confitentem in simplum*¹. » Les sources postjustiniennes, auxquelles Rotondi fait fréquemment appel de meurent dans la tradition générale postclassique. Ainsi c'est avec raison que, dans les textes postclassiques, l'*a. l. Ag.* est toujours représentée, sinon comme la seule action à *litiscroissance* — nous établirons plus loin la liste des actions croissant au double *aduersus infitiantem* sous Jus-

1. Rotondi, p. 414. L'*a. l. Ag.*, apparaît en effet comme le type même de l'*a. l. litiscroissance*. Les textes la désignent par une très fréquente antonomase, relevée avec talent par Rotondi :

καὶ ἡ περὶ ὕβρεως ἀγωγή, καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν εἰς τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ εἰς τὸ διπλοῦν ἀγωγή ἀρμόζει.

μᾶλλον ὁ νόμος ὁ ἐξ ἀρνήσεως μὲν εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτῶν, ἐξ ὁμολογίας δὲ εἰς τὸ ἀπλοῦν ἀρμόζει.

τὴν ἐξ ἀρνήσεως μὲν εἰς τὸ διπλοῦν, ἐξ ὁμολογίας δὲ τὸ ἀπλοῦν ἀπαιτοῦσαν, ἤτοι τὸν Ἀκουίλιον.

ἀλλὰ τῇ ἐξ ἀρνήσεως εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ, ἐξ ὁμολογίας δὲ εἰς τὸ ἀπλοῦν, ὑπόκειται.

ἀλλὰ λοιπὸν ἀρμόζει ἐξ ὁμολογίας τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν.

τοῦ Ἀγιοθεοῦ. Τουτέστιν ἄλλὰ λοιπὸν ἀρμόζει... ὁ Ἀκουίλιος.

ὁ πλοῖον τρυπήσας ὑπόκειται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν.

Cf. enfin autres textes cités par Rotondi, p. 415 : *Hb.* I.499, *Bas.*, 10.3.7, D., 4.3.7, §§ 3-4; *Hb.*, I, 749, *Bas.*, 12.1.48, D. 17.2.48 ; *Gloss. uerborum iuris*, chez Otto, *Thes.*, 3, 1710-1711, s. v. Ἀκουίλιος

Heimbach, 5.108; *Bas.*, 52.1.33 = D. 44.7.34, pr. : « Et iniuriae actio et actio ex confessione quidem in simplum, et infitiatione autem in duplum competit. »

Hb., 5.257; *Bas.*, 60.2.1 = D. 9.1.1.4 : « Potius lex quae ex infitiatione in duplum tendit, ex confessione in simplum, competit. » Cf. *Synopsis Basilicorum*, Z. 1.3., Zachariae, *Ius gr. rom.*, 5.252.

Hb., 5.260, *sc.*, 48 sur D., 9.1.1. § 16 : « (actionem) ex infitiatione in duplum, ex confessione autem simplum exigentem, scilicet Aquiliam. »

Hb., 5.313; *Bas.*, 60.3.41; D. 9.2.41, § 1 : « Sed actioni ex infitiatione duplum exigenti, ex confessione simplum, subiacet » et la scholie 15 précise : τῷ Ἀκουίλῳ (Aquiliae).

Hb., 5.540; *Bas.*, 60.13.1; D. 47.4.1, § 2 : « Sed competit ex confessione simplum, ex infitiatione duplum. »

Et la sc. 6 Hagiotheod. : « Hoc est i competit... Aquilia. »

Hb., 1.114; *Suppl. Ferrini*, p. 100; *Bas.*, 53.2.4; D., 9.2.27, § 24 : « Qui nauem terebrat teneatur actione exigente ex confessione simplum, ex infitiatione autem duplum. »

tinien — mais certainement comme le type même de cette action, l'institution de la *liliscroissance* étant alors rapportée à la loi Aquilia *come a sua fonte unica et generale*¹. Nous savons désormais de quelle façon il faut entendre cela.

§ 2. *Les tendances vers la confusion de l'actio, quae crecebat, avec l'actio in duplum ab initio.*

D'autre part, dans un sens restrictif déjà remarqué par Rudorff², les juristes postclassiques semblent avoir eu une tendance — contre laquelle les Byzantins de la dernière époque au moins réagirent assez énergiquement — à ne considérer comme susceptible de croître au double *aduersus infilianlem* que l'action directe de la loi Aquilia. Ils ont écarté au contraire — et cela a échappé à Rotondi — la même solution pour l'action utile ou pour l'action *in factum leg. Aq.* C'est ce qui ressort d'une part de la Bas. 60.3.62, sous C. 3.35 de leg. Aq. 5, Heimbach, 5, p. 324, et de l'autre des intéressants renvois de la glose sous la constitution du Code précité. Voici les textes :

C. 3.35.5 : « Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC.
« Claudio : « De pecoribus tuis, quae per iniuriam in-
« clusa fame necata sunt uel interfecta, legis Aquiliae
« actione in duplum agere potes. » D. XV. k. Nou. AA.
conss. (a. 293)³.

Bas. 60.3.62 :

« ο θρόμιματα ἀποκλείσας ἢ λιμῶ
διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκου-
λίῳ ἐξ ἀρνησεως διπλασιαζομένῳ
καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος
Ἀκουλίος καὶ τῶν διπλασιαζομέ-
νων ἐστὶ · πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντίᾳ

« Qui pecudes inclusit,
« uel fame necauit, tene-
« tur Aquilia ex infitia-
« tione duplanda. Et nota,
« etiam utilem Aquiliam

1. Rotondi, p. 420.

2. Rudorff, *op. cit.*, p. 396. Rudorff est d'ailleurs beaucoup trop bref sur ce sujet.

δόξη κεκράτηνται, τὸ νόμιμον ταύ-
της τῆς διατᾷξεως ἀγνοοῦντες.

« duplari : multi enim con-
traria opinione ducantur,
huius constitutionis ius
ignorantes¹. »

Or, d'une façon plus précise, l'action utile dont il est question dans ce texte nous est représentée dans les extraits des ouvrages classiques conservés au *Digeste* comme une action *in factum*² :

D. 9.2.9.2. « Si quis hominem fame necauerit, in
factum actione teneri Neratius ait. »

D. 9.2.29.7 : « nam et cum pecudes aliquis pignori
cepisset et fame eas necauisset, [dum non patitur
te eis cibaria adferre], in factum actio danda est. »

Tout cela s'explique parfaitement, grâce à la nouvelle doctrine de M. André Giffard³, sur la survivance à l'époque postclassique de la distinction des actions directes et utiles, doctrine à laquelle les travaux de M. Rotondi sur la question de notre action viennent fournir une confirmation éclatante.

Que l'on songe en effet au moment où se produit l'*infitiatio* dans la procédure de l'*ordo*. Nous avons déjà vu dans notre introduction, que ce moment est celui de la *lilis contestatio*. Jusqu'à cette dernière, le défendeur demeure libre de choisir son attitude et de reconnaître le principe du droit auquel prétend le demandeur contre lui. Au contraire, dans la procédure postclassique de la *cognitio extra ordi-*

1. Cf. parmi les autres renvois de la glose qui sont reproduits à la suite du texte : « D. 47.8, de *ui bon rapt*, et de *turba* 2, § 20 : « Si tamen ideo inclusit (*publicanus qui pecus meum abduxerit*), ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia. » Cf. en outre sur ce texte Rotondi, p. 460.

2. Sur la distinction de l'*a. l. Aquiliae utilis* et de l'*a. l. Aquiliae in factum*, cf. Rotondi, p. 444 et suiv., voy. Heimb., 5, p. 271, Bas., 60.3.9.scol. 6; *Hb.*, 5.324, *Scolie* 3, sous C. 3.35.6 et Hagiothéodore, *Hb.*, 5.294, *Scolie* 65 sous D. 9.2.27, § 21. Cf. en outre Lenel³, p. 203 à 205, qui admet une formule *in factum concepta* dans le cas de D., 9.2.29.7. Voy. aussi l'interprétation de *Inst.*, 4.3.16, donnée par Lenel. Comp. enfin Jolowicz, *Historical Introduction to the study of roman law*, Cambridge, 1932, p. 527 et s.

3. Cf. communication précitée à la société d'histoire du droit, du 12 janvier 1933.

nem, la structure gravement modifiée du procès nouveau ne permet plus de rattacher à la phase du passage de la procédure *in iure* à la procédure devant le *iudex* les effets de l'*infiliatio* : la notion transformée de la *litis contestatio*¹ conduit à considérer comme *in'itilians* le défendeur dès le début du procès. Sans doute, dit Rotondi, cela peut-il sembler étrange à première vue à qui n'a pas présente à l'esprit l'institution de l'*editio actionis* qui précède la notification du libelle, institution dont D. 2.13.1 atteste la conservation largement altérée dans le droit de Justinien². Le défendeur est mis en mesure, grâce à l'*editio actionis*, de connaître la prétention de son adversaire et de la reconnaître, éventuellement, fondée, avant que le demandeur remette au magistrat le libelle à notifier : ainsi s'il ne satisfait pas à la demande et se laisse assigner, on comprend fort bien que les Byzantins l'aient considéré comme *infilians* et que l'action ait été contre lui *in duplum*. Et précisément, c'est toujours le moment de la *conuentio*³ qui, dans le droit de Justinien, détermine la croissance de l'action au double, ainsi que nous le verrons plus loin pour le legs pieux et ainsi qu'il est permis de le déduire du sens dans lequel il est question de la *liscroissance* dans le cas du dépôt nécessaire⁴.

Or, si, comme le pense M. Giffard les actions utiles étaient à l'époque classique les actions fictives, celles à transpo-

1. Cf. Fliniaux, art. précit., p. 189.

2. Cf. Rotondi, p. 432, n. 2.

3. On rattachait jusqu'ici, dans la procédure du Bas Empire la *litis contestatio* aussi bien à l'introduction de l'instance qu'au moment où les parties exposent contradictoirement leurs prétentions devant le juge. Dans son récent ouvrage, sur la *Procédure par libelle*, Paris, 1932, M. Collinet (pp. 215 à 227) a soutenu que la *litis contestatio*, se confondant avec la *narratio*, seule, ne désigne rien d'autre que le commencement du progrès. Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'opinion de M. Fliniaux « Le sénatusconsulte Juventien et la *litis contestatio* », dans *R. H. D.*, 1923, pp. 82-117 et 187-209. Comp. Steinwenter, *ZS.*, 50, p. 184 et s. En ce qui concerne la *liscroissance*, c'est à la citation en justice qu'est rattaché l'effet ancien de la *litis contestatio*.

4. Rotondi, p. 432, n. 3 citant Théophile, 4.6.17 « l'a. in duplum se αποτιθμενος... υπερτίθετο ποιείσθαι την άπόδοσιν. Qui il soddisfacimento ante sententiam libera dalla condanna : cosa che il tenore della disposizione giustinianea a favore delle *piae causae* sembra far escludere per l'altro caso. »

sition de personnes et les actions décrétales, on s'explique pourquoi on a douté, dans le droit postclassique, que l'action utile *ex lege Aquilia* (*a. in factum* decretale dans le cas de D. 9.2.29.7) fut une action à *litis*croissance. C'est qu'en effet la formalité de l'*editio actionis* était impossible à concevoir. La démonstration a été faite par M. Giffard que cette *editio* n'avait lieu que pour les anciennes actions édictales. On conçoit d'ailleurs clairement qu'aucune *editio actionis* n'était possible pour une action qui ne figurait pas dans l'édit. Ainsi, le défendeur ne pouvait pas être avisé, avant l'ouverture du procès, de la demande de son adversaire; il n'était jamais mis en mesure d'y satisfaire ou, au contraire, d'opposer un refus ayant pour conséquence de faire monter l'action au double. De là les hésitations de la pratique sans doute, ainsi que l'atteste le rescrit de Dioclétien ci-dessus, et de la doctrine, comme le prouve la Basilique déjà reproduite. L'action utile ou *in factum ex lege Aquilia* était devenue tout simplement extraordinaire et s'écarta, dès la généralisation de la *cognitio extra ordinem*, des règles suivies jusque-là dans la procédure de l'*ordo*. La question dut se poser alors de savoir si elle devait croître au double en cas de négation et il fallut une disposition expresse de l'Empereur pour que cette solution fut admise. D'où le rescrit de Dioclétien qui correspond parfaitement à l'époque de cette généralisation. Et le fait que cette action ne figurait pas dans l'édit explique les hésitations, les méprises postérieures de ceux qui *huius constitutionis ius ignorantes* défendaient la solution contraire, car ils voyaient dans l'a. utile de la loi Aquilia une pure *cognitio* dont il était impossible de dire, à première vue, si elle était régie par les règles anciennement suivies dans la procédure de l'*ordo*, c'est-à-dire la croissance de l'action au double pour le cas de l'*infiliatio*¹.

Au contraire, les gens de Justinien devaient réagir énergiquement, ainsi que le démontre Bas. 60.3.62 préc., contre cette erreur peu en harmonie avec leur création dans la matière du *damnum iniuria datum* d'une *a. in factum*

1. Aucun argument pour ou contre n'est à tirer de Lenel, p. 203, sur les actions utiles de la loi Aquilia.

generalis dont il est question dans Bas. 60.3.27, Heimbach, p. 294, scol. 65, sous D. 9.2.27 § 21 et sur laquelle Rotondi a fort justement attiré l'attention¹.

On s'explique, si, ainsi que le soutient M. Giffard, la procédure finalement consacrée par Justinien a consisté à généraliser la procédure suivie jusque là en matière d'actions extraordinaires « la *simpatia bizantina per il concesso e la terminologia di a. in factum* che studi recenti vanno sempre meglio mettendo in luce² », étant bien entendu par ailleurs que la distinction de l'*actio utilis leg. Aq.* et de l'*a. in factum* paraît être toujours demeurée assez flottante et ne reposer, ainsi que le prouvent les textes analysés par Rotondi, que sur le critère de la lésion corporelle³. Dans le *damnum iniuria datum*, c'est en effet l'*actio in factum* qui a envahi, à l'époque postclassique, tout le domaine de l'action utile qui constitue cependant, à l'ordi-

1. Cf. la très intéressante scolie de Hagiothéodore, sous D. 9.2.27.21, Bas. 60.3.27, sc. 65, *Hb.*, t. V, p. 295, dont nous empruntons la traduction latine à Rotondi, *op. cit.*, p. 441, citée par M. Collinet, dans ses *Etudes*, I, p. 201, n. 9.

ἡ γὰρ ἱμφακτος γενικὴ οὐσα καὶ καθολικὴ κατηγορεῖται κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς· ὥς καὶ ἡ καθολικὴ συμφωνία κατηγορεῖται κατὰ πράσεως, μισθώσεως καὶ παντὸς συναλλαγματος. οὕτω γοῦν καὶ ἡ ἱμφακτος κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς κατηγορουμένη ποτὲ μὲν κινεῖται ἱμφακτος οὐτίλιος Ἀκουτίλιος, ποτὲ δὲ ἱμφακτος τοιάδε οὐτίλις, ἥγουσιν πρὸς τὴν οὐτίλιαν « καθολικὴν » ἀγωγὴν, ὅα δὲ ἂν ᾖ πολλαῖς δὲ θεωρεῖται καθ' ἑαυτὴν μόνην, ὥς καὶ ἡ δὲ πεκοβλιο καὶ ἡ καθολικὴ συμφωνία.

« Nam actio in factum, cum
« *generalis sit et uniuersalis*, cer-
« nitur in qualibet utili actione,
« sicuti consensus uniuersalis cer-
« nitur in emptione, locatione et
« omni contractu. sic igitur actio
« in factum, quae in qualibet utili
« actione cernitur, modo intendi-
« tur « in factum utilis Aquilia »
« modo talis in factum utilis, siue
« ad utilem uniuersam actionem
« qualis fuerit. saepe autem consi-
« deratur per se sola, ut et de pecu-
« lio (actio) et generalis consensus. »

Cette action *in factum* n'est que la généralisation de l'*a. l. Aq.* par les Byzantins. Cf. Rotondi, p. 443. Elle est donnée à titre subsidiaire partout où il n'existe pas d'action spéciale. Comp. avec Heimbach 5, p. 331, scolie 17, sous D. 9.3.5, § 4 (Hagiothéodore), *Hb.*, 5.324, scolie 3 sous C., 3.35.6. C'est avec raison que Rotondi a vu dans la création de cette *a. in factum generalis* rattachée à la loi Aquilia l'explication de l'équation byzantine. *a. in factum* = *actio in duplum*. On comprend en effet, si c'est l'*a. l. Aq.* qui a été généralisée sous le nom d'*a. generalis in factum* que celle-ci soit considérée comme toujours *in duplum*, d'autant plus qu'il en est de même de l'*a. leg. Aq.* elle-même.

2. Cf. Rotondi, p. 440 et n. 2.

3. Cf. l'importante scolie 6, Bas., 60.3.9, Heimbach, 5, p. 271, qu'il serait malheureusement trop long de reproduire ici.

naire, un genre plus large. La généralisation de la procédure des actions extraordinaires ou utiles s'est donc faite ici sous le nom de l'*actio in factum legis Aquiliae*. Le terme technique d'*actio utilis* a été laissé, comme l'a démontré Rotondi¹, au moins par les rédacteurs des *Institutiones*, à certaines extensions classiques plus timides de la *l. Aq.* On a dû ainsi se servir du nom de *actio in factum* pour désigner une application beaucoup plus audacieuse et plus large de la loi à tout dommage même causé *non corpori*². La sympathie byzantine pour le concept et la terminologie de l'*a. in factum* n'est donc que l'une des formes de la généralisation de l'action utile à l'époque de Justinien³.

Les travaux de Rotondi constituent un excellent point de départ pour une étude de la *litis*croissance postclassique. L'idée, émise par lui et acceptée par Bonfante dans ses *Istituzioni*⁴, de la structure gravement modifiée du procès postclassique, explique les textes nombreux qui font désormais de l'action qui «croissait au double» une action directement au double dès le début de l'instance. La suppression de la formule, le déplacement de l'*infitiatio* allant de pair avec celui de la *litiscontestatio* qui suit immédiatement l'*editio actionis* extrajudiciaire et coïncide avec la citation en justice, tout cela ne laisse plus dorénavant apparaître qu'une action au double dès l'ouverture de la procédure. Mais il n'en est ainsi, rappelons-le, que dans le cas où une *editio actionis* a précédé l'assignation, c'est-à-dire pour les seules actions ordinaires ou directes figurant anciennement dans l'édit. Dans tous les autres cas, l'action est utile, *in factum decretalis*, et cependant même alors, il n'en est guère différemment au point de vue du résultat. Il faut penser en effet, comme l'a entrevu Rotondi, que, dans le libelle, celui qui mettait en mouvement l'*a. leg.*

1. Cf. p. 460.

2. C'est en ce sens que le scoliaste (*Hb.*, 5, p. 325; *Bas.*, 60.3.63, scolie, 3, sous C. 3.35.6) a pu concevoir l'*actio utilis* comme une subdivision d'un genre plus vaste constitué par l'*actio in factum*, explication que ne pouvait pas admettre Lenel (*Edit. Perp.*, trad. Peltier, I, p. 233, n. 2. *Comp.* avec Lenel³, p. 205, n. 1).

3. On consultera avec profit Lenel, p. 203 à 205 sur le sujet de la distinction équivoque de l'*actio utilis* et de l'*actio in factum*.

4. Cf. ci-dessus, p. 108, n. 2.

Aq. utilis faisait mention de la condamnation au double, ne fût-ce qu'à titre de simple éventualité subordonnée à une *infitiatio* postérieure¹.

De fait les textes sont nombreux dans la période post-classique à représenter l'*a. l. Aq.* comme toujours au double, alors que, par ailleurs on trouve une aussi grande quantité de témoignages pour attester le maintien de cette même action au simple ou au double, selon les cas².

En Occident, il faut relever, avec Rotondi, les *Sententiae Receptae* 2.32.23 et leur *Interpretatio* :

« Si, cum furtum quis quaerit, damnum alicui de-
derit, actione legis Aquiliae tenebitur. »

Interpretatio : « Si, quum furtum quis quaerit,
damnum alicui dederit uel iniuriam fecerit, secun-
dum legem Aquiliam in duplum damni illati redhi-
bitione mulctatur³. »

L'interprète ajoute ici la mention de la peine du double que le premier texte passe sous silence et surtout ne la subordonne point à une dénégation.

En Orient, il convient de citer, outre le *Libell. de actionibus* § 20 :

εἰ δὲ ζημία τις προσγέγονέμοι, εἰ
μὲν χερσὶν οἰκείαις τὴν ζημίαν
εἰργάσατο, ἢ ἀνθρώπων ἀνελὼν ἢ
ζῶων ἢ σκῆσας ἢ ῥήξας, τὸν δῖρεκτον
Ἀκουίλιον ἦτοι ἀγωγὴν ἀπαιτοῦσαν

« Si quod damnum mihi
datum est, si quidem
manibus propriis quis
damnum fecit, hominem
occidendo uel quadrupe-

1. Cf. Rotondi, p. 431 et n. 1 : « Proprio in questo senso è concepito il libello dell'a. l. Aquillae dalla Glossa (c'l., § 19, *Inst.*, 4.6) : « ... et si neget se ipsum occidisse, proponendo contra eum actionem legis Aquiliae peto eundem... in duplum » Teofilo, 4.6.19, ove parla di « κινεῖσθαι εἰς τὸν διπλάσιον... τὴν ἐναγωγὴν » pensa alla formulazione del libello... »

2. Cf. ci-dessus, p. 47, n. 1 et en outre Rotondi, p. 525, n. 1. *Hb.*, 3.310, scol., 1, Anonimi : Suppl. *Zachariae*, p. 8, n. 34, *Hb.*, 5.263, scol., 1, *Hb.*, 5.324, scol., 1; Theodori, *Hb.*, 5.383, scol., 6.544, scol., 6; Hagiotheod., 554, scol., 3, 555, scol., 5, 559, scol. 4.

3. C'est avec raison aussi que Rotondi fait remarquer (p. 425, n. 2) la concordance des divers Epitomes : *Epit. Monachi* : « Secundum legem Aquiliam duplum damni restituat », *Epit.*, S. *Gali* : « Ipsum damnum duplo restituat », *Epit.*, *Guélph.* : « Duplum damni », *Epit.*, *Aegid.*, « In duplum ».

ἐξ ὁρθοῦ, ἡγουν ἀναμφιβόλως, τὸ
διπλάσιον. >

« dem, uel rumpendo, uel
« frangendo, directam
« Aquiliam < siue actionem
« exigentem directo, idest
« sine controuersia, du-
« plum¹ >. »

de nombreux textes byzantins, par exemple :

Θεοδώρου· ... εἰ δὲ ἀκούσιος τοῦ-
το ποιήσῃ, τῷ Ἀκουλίῳ εὐθύνεται,
ἀπαιτούμενος ἐν διπλῷ τὴν ζημίαν
ἢ τὸ διαφέρειν

Heimb. 5.694. scolie I
« sous C. 9.1.11. : Theo-
« dori... si uero non data
« opera id fecerit, Aquilia
« tenetur, exigens in du-
« plum damnum uel id
« quod interest². »

Indirectement, il semble que cette conception soit pas-
sée dans le *Digeste* :

D. 6.1.14, Paul, liv. 20 (21) ad ed. « Quod si malit
« actor potius legis Aquiliae actione uti, absoluendus
« est possessor. itaque electio actori danda est, non
« ut triplum, sed duplum consequatur³. »

Il s'agit du cumul de l'*actio legis Aquiliae* et de la *rei uindicatio*. Supposons que Primus revendique un esclave contre Secundus qui, sur l'ordre du juge, restitue cet esclave à son adversaire. Mais l'esclave est malade ou blessé par Secundus. Le juge, conformément à D. 6.1. de *rei uind.* 13, estimera le dommage à condition toutefois que le demandeur promette de ne pas intenter après coup l'*a. leg. Aq.*, ce qu'il pourrait sans doute faire d'après les principes généraux. Que si le demandeur refuse au contraire ce désistement, parce qu'il préfère sans doute engager l'action de la loi Aquilia afin d'obtenir la plus haute valeur de la chose dans l'année ou dans le mois, cela lui sera permis,

1. Sur l'addition de l'incise ἦτοι — διπλάσιον (*siue-duplum*), cf. Rotondi p. 426 et n. 1.

2. Il suffira de se reporter à Rotondi, pp. 426-428 où l'on trouvera la liste des autres textes qu'il serait vain de reproduire ici.

3. Sur l'interpolation de [*itaque-consequatur*], cf. outre Rotondi, p. 429; Eisele, *ZS.*; 13.135; Betti, *litis aestimatio*, 2.26; Levy, *Konk.*, 2.1.4.25, n. 4.

mais le défendeur sera absous dans le procès en revendication¹. La loi 14 ci-dessus va cependant plus loin : elle paraît envisager la seule hypothèse où le demandeur obtiendra le double sur l'*a. l. Aquiliae* et ne paraît pas restreindre l'avantage de celui-ci à l'obtention d'une somme représentant une valeur plus élevée que celle du dommage actuel. Seul, dit Rotondi, un juriste habitué à considérer l'*a. l. Aquiliae* comme ἀγωγή εἰς τὸ διπλοῦν a pu écrire cela. Il en est de même de :

D. 5.3.55, Julien, l. 60 digestorum : « Euicta here-
« ditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia ex-
« gisset non simplum, sed duplum restituet : lucrum
« enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit,
« facere non debet². »

Le possesseur de bonne foi d'une hérédité a poursuivi par l'*actio leg. Aquiliae* l'auteur d'un dommage causé à la chose héréditaire et a obtenu la condamnation de celui-ci, Evincé de l'hérédité, il doit ensuite restituer à l'héritier véritable tout ce qu'il a obtenu. Le texte ici n'est pas clair : il semble disposer que la restitution devra être du double de ce que l'héritier apparent aura reçu. Rotondi, sans aller jusqu'à penser que ce texte est en contradiction avec D. h. t. 20 § 4, est d'avis que Julien se bornait à constater que le possesseur devait restituer la somme obtenue pour l'endommagement de l'objet faisant partie de l'hérédité, l'explication *lucrum debet* lui paraissant pouvoir être attribuée à un classique et garder toute sa valeur même après la suppression de *non-duplum*.

Nous avons rencontré enfin plus haut un troisième texte³ où Rotondi retrouve la même tendance à considérer l'action de la loi Aquilia comme toujours au double.

Ces constatations nous suffisent. Elles nous permettent

1. Cf. sur ce texte, Rudorf, *Litisc.*, 396-397.

2. Interpolation de [*non simplum sed duplum*], pour Rotondi, p. 430, de (*non*); *sed duplum*], pour Betti, *Litis aestim.*, 2.27, n. 1, etc... Cf. sur ce texte Bynkershoek, *Observ.*, 7.8; Gluck, *Comm. ad tit.*, 5,3 § 539; Rotondi, p. 430, n. 1.

3. Ci-dessus, p. 114, cf., C., 3.35.5, où Rotondi admet non pas l'interpolation de *uel interfecta et in duplum* (Zachariae, *ZS.*, 8.227), mais l'hypothèse d'un glossème marginal ou interlinéaire intercalé par la suite au texte. Cf. là-dessus, Bas., 60.3.62, *Hb.*, 5, p. 324.

de comprendre à quel point la distinction encore faite aux *Institutes* de Justinien (4. 6. 26) :

« Sed furti quidem nec manifesti actio et serui corrupti a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod hae actiones omnimodo dupli sunt; at id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum de illae, positi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur; »

ne correspond plus à une différence réelle, mais n'est guère, au contraire, qu'un souvenir théoriquement tiré de l'oubli, parce que sans aucun doute les commissaires de Justinien avaient sous les yeux et ont entendu continuer à suivre le passage correspondant des *Institutes* de Gaius 4.173 :

« Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est uelut furti... nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget siue fateatur, pluris quam simpli est actio. »

Ces constatations nous suffisent.

Nous pouvons répéter ici la phrase suivante de Pietro Bonfante : « Il concetto e il meccanismo della litiscrescenza sono fraintesi dai Bizantini; in essi, e già in qualche testo pregiustiano, si ravvisa la tendenza a considerare l'azione come sempre in duplum; il che dipende forse dalla mutata struttura del processo per cui si anticipano talvolta al momento della conuentio gli effetti della litis contestatio. »

Une dernière remarque doit être faite : elle servira de conclusion à nos développements.

La tendance à la confusion de l'action à *litiscroissance* et de l'action au double dès le début de l'instance ressort surabondamment des textes que nous avons reproduits et de quelques autres que l'on trouvera dans l'œuvre de Rondoni. Elle est donc un fait qui s'impose à l'évidence. Son importance est grande, car elle a eu pour effet d'effacer les anciennes frontières de la *litiscroissance* et d'engendrer chez quelques juristes de basse époque certaines erreurs sur lesquelles les romanistes du siècle dernier ont beaucoup discuté¹ et qui demeurent cependant encore inexplicables.

1. Il convient de lire, pour le comprendre, le traité de Rudorff sur la *litiscroissance* et ses nombreuses controverses avec Huschke.

Appendice

Essai sur les origines.

Nous n'entendons pas rechercher ici la date précise du plébiscite. Notre ambition est plus modeste : elle est seulement de replacer la loi Aquilia dans son milieu historique. Aussi bien un seul point nous intéresse-t-il : fixer le sens de l'évolution juridique qui nous a amené à rencontrer dans la loi Aquilia pour la première fois le *concept et le mécanisme* de la *litiscroissance*. La répression de l'*infiliatio* s'est-elle faite comme pour la négation du *iudicatum* ou du *depen-sum*, c'est-à-dire dans l'affaiblissement de la sanction ancienne du *damnum iniuria*? Est-il permis au contraire de marquer une fois encore la différence qui sépare, à l'origine, les deux premières actions étudiées dans cet ouvrage d'une véritable action à *litiscroissance*, comme le fut celle de la loi Aquilia, par la démonstration du sens opposé suivi, par le concept de la sanction remontant vers une aggravation de la pénalité?

Nous avons déjà rejeté la première de ces deux solutions. Il nous reste à dire pourquoi. Mais comme toutes deux sont en opposition l'une avec l'autre et s'excluent réciproquement, il nous suffira de dire pour quelles raisons nos préférences vont à la seconde.

Il convient d'écarter tout d'abord, pensons-nous, les théories de Huschke qui, sur la foi des textes postclassiques que nous avons rencontrés — et qu'il était nécessaire de connaître pour en arriver à la présente étude — explique la peine du double *aduersus infilientem* dans tous les cas par une disposition expresse de la loi Aquilia. Un chapitre général, aurait prononcé la sanction du double à raison de la négation dans toutes les hypothèses qu'il énumérerait les unes à la suite des autres, se bornant à y ajouter celle, plus récente, qu'il créait lui-même, à savoir la dénegation du *damnum iniuria datum*. Il ne convient pas, écrit Huschke¹, de reprocher ce renseignement à l'inter-

1. Cf. *Zum vierten Buch des Gaius*, p. 267, n. 23 et sur la question au texte, pp. 266 à 269.

prête wisigoth (*quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur*), en disant avec Schulting qu'il rêve. Car la loi Aquilia, comme le prouve son deuxième chapitre, devait être une *sévère législation* contre la réalisation illicite d'un dommage par destruction de la chose d'autrui, non seulement de la chose corporelle, mais aussi des obligations. Forte intéressante, malgré son évidente inexactitude, est la démonstration de l'auteur. Lorsqu'une dette était incontestablement certaine, dit-il, et que le débiteur la niait, son impudence méritait une peine : celle-ci était naturellement celle du double, parce que le défendeur par le fait du procès ou plus exactement de la *litis contestatio anéantisait* (*zerstört*) entre les mains du créancier le droit parfaitement certain qui était le sien. Il était donc aussi juste de punir du double dans ce cas — qui est, pour Huschke, celui de toutes les actions à *liliscroissance*, car toutes, à ses yeux, reposent sur une double certitude du droit¹ — que dans celui (du deuxième chapitre) où le défendeur s'était rendu coupable d'une destruction de la créance. Tirant argument de la Nov. 18. c. 8. ci-dessus, l'auteur se demande pourquoi l'empereur n'aurait nommé précisément que la seule loi Aquilia, si ce n'était pas elle qui prescrivait toutes ces *poenae infitiantium*. Quant au silence de Gaius sur ce quatrième chapitre, il faudrait l'expliquer par le fait qu'il concernait plutôt la procédure et que dans son quatrième commentaire, il suffisait à Gaius de citer les cas particuliers de *liliscroissance*, parmi lesquels seul était à nommer celui vraiment introduit, par la loi Aquilia. Au contraire, les écrivains postclassiques, informés par d'autres écrits que les *Institutes* de Gaius, de la disposition générale du plébiscite, en ont tenu compte dans leurs œuvres. Et c'est par là que s'expliquent les textes précités².

Malheureusement, Huschke arrivé à la fin de sa démon-

1. Cf. ci-dessus, p. 22.

2. Dans le même sens, Sell avait précédé Huschke. Le premier de ces auteurs a écrit en effet (p. 43 et ss.), que l'origine de la *liliscroissance* n'était pas dans le *iudicatum*. C'est la loi Aquilia qui aurait créé l'action au double dans les cas du *iudicatum*, du *legatum per damnat.*, ayant pour objet une *es certa* ! La loi Publilia aurait fait de même pour l'*actio depensi* !

tration semble avoir compris lui-même les impossibilités de sa doctrine. Comment admettre en effet que les Romains à l'époque de la loi Aquilia, aient eu l'idée d'un dommage résultant d'une destruction du droit incorporel qu'est l'obligation? Cela est impossible. Bien mieux, ainsi que le fait remarquer M. Giffard¹, un tel dommage n'est pas causé *corpore corpori*. Comment dès lors expliquer l'exigence de ces deux conditions dans tous les autres cas par la loi Aquilia? Aussi Huschke a-t-il brusquement tourné court. Il a finalement admis la possibilité d'un malentendu de la part des juristes postclassiques dont nous avons rapporté les opinions ce qui, comme le fait remarquer Rudorff, dispense d'entreprendre une réfutation plus longue de la doctrine du célèbre auteur².

L'idée néanmoins intéressante à retenir chez Huschke est celle de la rigueur de la répression organisée par la loi Aquilia. Cette idée a d'ailleurs conquis, semble-t-il, la majorité des auteurs du siècle dernier qui traitèrent de la *lilis-croissance*. C'est ainsi que Sell pense que la loi Aquilia est un plébiscite contemporain de la troisième sécession de la plèbe sur le Janicule en 467³ qui aurait eu pour but d'étendre à la répression de certains faits scandaleux *die so oft gefühlte Strenge der Vollstreckung ergangener Urtheile*⁴. La rigueur si souvent ressentie de la voie d'exécution des décisions judiciaires aurait été d'ailleurs non seulement autorisée par cette loi à l'occasion des actes dommageables, tels que ceux par exemple dont nous retrouvons la relation complaisante dans les premiers livres de Tite-Live, sur le sujet des violences si fréquentes auxquelles donnèrent lieu les difficultés entre patriciens et plébéiens, mais aurait été

1. Voy. art. sur la loi Aquilia à paraître dans les *Variétés* du second fascicule de *R. H. D.*, 1933.

2. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 395. Rudorff se contente de repousser les assertions de Sell et de Huschke, sans faire connaître son opinion sur la question. Il parle à la p. 376 du milieu historique de la loi, mais sans s'étendre davantage sur ce sujet. Quant à sa réfutation de l'opinion de Sell, elle est incontestablement, pour si dédaigneuse qu'elle soit, très insuffisante.

3. C'est aussi la date acceptée par Bruns, *Fontes*, I, p. 45 et en gros aussi par Pernice dont voy. l'opinion plus loin.

4. Cf. Sell, *Jahrbücher*, 2, p. 49. Voy., sur le développements au texte, ce même auteur, *op. cit.*, p. 47 à 50. Voy. textes cités par Sell, *ibid.*

encore étendue au legs *per damnationem* lui-même. Sell, à la vérité, passe assez rapidement sur ce second point qui eût mérité cependant d'amples développements. Pour ne rien perdre, traduisons : « Cela s'explique, dit-il, par le gros « intérêt de la plèbe à consolider la liberté de tester em- « portée de haute lutte dans les Douze Tables, alors que les « patriciens, en tant qu'aristocratie financière et par consé- « quent en tant que gouvernants de l'Etat, devaient tendre, « par la suppression de cette liberté, à conserver leurs biens « et partant leur puissance dans leurs familles. » Cela est évidemment peu sérieux et ne peut pas être pris en considération. Il faudrait écrire au moins un livre pour démontrer l'exactitude de chacun des mots employés par Sell.

Il est cependant rare de rencontrer une doctrine qui soit tout entière à repousser. L'erreur comporte des degrés et nous avouons que, malgré tout, il nous paraît que l'idée de faire appel aux scènes de violences qui opposèrent les deux ordres pour expliquer la loi Aquilia doit être retenue. Écoutons en effet Tite-Live¹. L'épisode se rapporte à ce Caesus Quinctius, jeune patricien qui, d'humeur guerrière, orateur et soldat, avait coutume de faire irruption parmi le peuple terrifié par sa haute stature et par la troupe qui lui faisait escorte pour chasser du *forum* ses tribuns et maltraiter la turbe plébéienne. Une telle vocation tourna mal. Bientôt sous le coup d'une accusation capitale, Caesus dut finir par abandonner son arrogance. Sur le point d'être condamné, surtout sur le témoignage d'un certain Vols- cius Fictor, ancien tribun du peuple, dont il avait assommé

1. Liv. 3.11 : « Hic, cum in medio patrum agmine constitisset, eminens inter alios, uelut omnes dictaturas consulatusque gerens in uoce ac uiribus suis, unus impetus tribunicios popularesque procellas sustinebat. Hoc duce saepe pulsi foro tribuni, *fusa ac fugata plebs est; qui obuius fuerat, mulcatus nudatusque abibat*, ut satis appareret, si sic agi liceret, uictam legemesse. Tum, prope iam percussis aliis tribunis, A. Verginius... Caesoni capitis diem dixit; atrox ingenium accenderat eo facto magis, quam conterruerat : eo acrius obstare legi, agitare plebem, tribunos uelut iusto persequi bello... Ibi multa, saepe ab iuuentute inconsulte dicta factaque in unius Caesonis suspectum incidunt ingenium. Tamen legi resistebatur... Adsentiebantur multi pulsatos se querentes et tribunum ad reum peragendum ultro incitabant. — 12...

un jour le frère dans Suburre, il lut par avance sa sentence dans les regards de tous ceux qui *se suosque mulcatos querentes, atroci responso iudicium suum praeferabant*. Tout cela est très révélateur de l'état des esprits de l'époque des luttes qui déchirèrent l'Etat naissant. Certes, l'on doit penser que la loi Aquilia représente surtout une législation rurale, destinée à réprimer avant tout des délits de pacage, et qu'elle n'intéressait pas tout à fait la *plebs urbana*. C'est le gros argument qui empêche d'attribuer davantage d'importance aux constructions faciles de Sell. Mais là où le juriste est en défaut, l'historien n'a pas nécessairement tort et Sell a eu l'incontestable mérite de replacer la loi Aquilia dans le milieu de discordes intestines qui, nous disent les textes, fut le sien¹.

1. Cf. la dissertation de Pernice, *Sachbesch.*, p. 15 à 21. Cherchant à déterminer les deux dates extrêmes entre lesquelles il faut placer la loi Aquilia, Pernice observe tout d'abord qu'Ulpien atteste (D. 9.2.1.1) qu'entre les Douze Tables et notre plébiscite d'autres lois ont été portées sur le même objet. D'où il sied d'accepter le délai d'un siècle et demi assigné par cet auteur aux lenteurs du développement qui s'est accompli entre les deux législations extrêmes. Nous voici donc à la seconde moitié du cinquième siècle de Rome. Or, la loi est un plébiscite. Cf. D., 9.2.1.1, *Nov.*, 18.5, *Isidor. Orig.*, 15, § 2. Elle doit appartenir à une époque où le vote des *comices tributes* avait même force légale que celui des *comices centuriales*. Cependant, les lois qui en décidèrent ainsi furent au nombre de plusieurs, si bien que l'on ne peut s'appuyer avec certitude sur la date de 467 qui est celle de la dernière d'entre elles, la *lex Hortensia*. Mais Pernice ne repousse pas le renseignement de Théophile sous *Inst.*, 4, 3, 15 :

ὁ γὰρ Ῥωμαῖκος χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δῆμου καὶ τῆς συκλήτου του, Aquilliu (δήμαρχος δὲ οὗτος) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος κ. τ. λ.

confirmé par celui de l'Anonyme sous *Bas.*, 60.3.1; *Heimb.*, 5.263. Il fait remarquer qu'il ne convient pas de mettre *a priori* en doute l'exactitude de ces relations en les rattachant aux naïves dissertations de D., 9.2.1.1. et 1.2 de O. 1.2, § 8. A nos yeux, elles ont un plus grand prix encore, car il est possible, ainsi qu'on le constate par le texte de Gaius et celui de Justinien de faire remonter jusqu'à Sabinus l'opinion selon laquelle le *legislator* se félicitait du *quantum plurimi* de la loi, ce qui fait clairement allusion à une volonté passionnée de ce législateur, comme le fut sans doute celle de toutes les lois de circonstances et de batailles. Quant à sa date extrême, il nous semble qu'il convient de la reporter beaucoup plus haut que le début de la procédure formulaire. Il faut compter en effet parmi ses interprètes, l'un des jurisconsultes que Pomponius qualifie de fondateurs du droit civil, Brutus (D. 9.2.27, § 22) (M. Iunius Brutus) qui vivait aux environs de 607. Or, l'interprétation de la loi est déjà formée à son époque. Cf. de même *Cic. pro Tullio*, § 9, où Cicéron parle du nouvel *edictum de vi*, proposé par Lucullus en 676 : « Et cum sciret (Lucullus) de damno legem esse Aqu., tamen hoc ita existimavit apud maiores nostros cum et res et cupiditates minores essent. » Ces arguments ont convaincu Kübler qui, dans sa *Geschichte*, p. 127 et p. 186, n.

Beaucoup plus que toutes les dissertations et aussi que les textes douteux ordinairement reproduits pour tenter d'éclaircir les origines de la loi Aquilia, il est un argument dégagé par M. Giffard, à son cours, qui permet de penser que telle fut bien l'atmosphère dans laquelle la loi fut votée. Relativement à la difficulté bien connue qui se posa à propos de l'interprétation du troisième chapitre, Gaius (3.218) écrit :

« Sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam
« hac parte plurimi uerbum adiectum esset; nam legis
« latorem contentum fuisse, quod prima parte eo
« uerbo usus esset. »

Remarquons de suite que la restitution des derniers mots ne paraît pas devoir être mise en discussion. La phrase se rattache en effet fort bien à celle des *Institutiones* de Justinien (4. 2.15).

« Ac ne plurimi quidem uerbum adicitur. sed Sabino
« recte placuit perinde habendam aestimationem, ac
« si etiam hac parte plurimi uerbum adiectum fuisset :
« nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno ro-
« gante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima
« parte eo uerbo usa est. »

Ainsi, c'est parce qu'il tenait une estimation plus élevée du dommage conforme aux tendances du législateur que Sabinus replaçait dans le texte du troisième chapitre le mot *plurimi* qui n'y figurait pas. Et les commissaires de Justinien qui, non seulement avaient sous les yeux les Commentaires de Gaius, mais encore bien d'autres ouvrages de l'époque classique, traitant de la loi Aquilia, nous font connaître quel était ce législateur. Les désirs de la plèbe, auxquels il se proposa de satisfaire, nous apparaissent du même coup : la faveur populaire était tournée vers l'augmentation de la pénalité, vers une répression renforcée du *damnum iniuria datum*. Le sens de l'évolution juridique

4 écrit que la loi Aquilia est un plébiscite du v^e ou vi^e siècle de Rome, ordinairement placé en l'année 287 avant J.-C. et le rattache, sur la foi de Théophile et des Basiliques à la troisième sécession de la plèbe. Mais la question est très controversée. Voy. l'itérat. citée par Kubler, l. c. Cf. enfin dans le même sens Jolowicz, *Historical Introduction*.

que nous nous sommes proposé de déterminer nous est révélé par cela : il est nettement contraire à celui que nous avons rencontré dans les chapitres précédents.

Est-il possible de rechercher les raisons pour lesquelles une aggravation de la peine a paru nécessaire aux plébéiens ? Nous n'avons pas l'intention de nous livrer ici à une étude approfondie de cette question qui nous contraindrait à sortir du cadre de cet ouvrage. Il nous semble cependant qu'ici encore une explication doit être retenue.

M. Giffard enseigne en effet à son cours, qu'il convient de remarquer que deux des trois termes techniques employés par le troisième chapitre de la loi se rencontrent déjà dans la loi des Douze Tables dans la même acception.

RUMPERE, tab. 8.2. (Bruns, I, p. 29) : si membrum *rup* (s) *it*,... »

FRANGERE, tab. 8.3. (*ibid*) : « Si os *fregit* libero, CCC, si seruo, CL poenam subito. »¹

On fait aujourd'hui des délits de *membrum rumpere* et *os frangere* des atteintes à la personnalité. Or, de quelle personnalité peut-il s'agir lorsque c'est un esclave qui a été victime du second délit et que l'auteur du tort — disons du dommage pour le *dominus* de l'esclave — est astreint à payer les cent cinquante as de la loi ? Nous sommes donc bien en présence, dans ce cas tout au moins, d'une *noxia* qui sera plus tard reprise par la loi Aquilia. Et nous retrouverons précisément alors l'aggravation de la pénalité, car à la place de l'amende fixe de l'*os fractum seruo*, nous rencontrerons la peine proportionnelle à la valeur de l'esclave, du *quantum plurimi in diebus XXX proximis*. Voilà donc la vérification dans un cas concret de la solution générale dégagée plus haut. En même temps, elle nous fait entrevoir que l'aggravation résulte de la proportionnalité de la peine calculée sur l'importance du dommage. Pourquoi ?

Pour répondre à cette question, il convient et il suffit de rechercher quelle était la valeur de cent cinquante as à l'époque de la loi. Elle nous semble avoir été d'autant moins importante, qu'il semble fort que, même à l'époque

1. Cf. D., 9.2.29.8 : « Haec uerba : quanti in triginta diebus proximis fuit, etsi non habent *plurimi*, sic tamen esse accipienda constat. »

des Douze Tables, elle ne représentait pas une très grosse somme. C'est en effet ce que les sources nous enseignent.

Écoutons en effet Cicéron, de *Republica*, 2.35.60 :

« Quo in statu rei publicae Sp. Cassium de occupando
 « regno molientem, summa apud populum gratia flo-
 « rentem, quaestor accusauit, eumque, ut audistis,
 « cum pater in ea culpa esse conperisse se dixisset,
 « cedente populo morte mactauit. Gratamque etiam
 « illam legem quarto circiter et quinquagesimo anno
 « post primos consules de multa sacramento Sp.
 « Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuria-
 « tis tulerunt. Annis postea XX ex eo, quod L. Papi-
 « rius censores multis dicendis uim armentorum
 « a priuatis in publicum auerterant, leuis aestumatio
 « pecudum in multa lege C. Iulii P. Papirii consulum
 « constituta est. »

Or, la loi promulguée sous le consulat de Tarpeius et Aternius est de 454 avant Jésus-Christ¹. Celle qui, vingt ans plus tard, en réaction contre la sévérité avec laquelle les censeurs L. Papirius et P. Pinarius firent, en prononçant des amendes, tomber une multitude de troupeaux dans le patrimoine public, était conforme aux vœux populaires :

Liv. 4.30 : « Legem de multarum aestimatione per-
 « gratam populo, quum ab tribunis parari consules
 « unius ex collegio proditione exceperissent, ipsi praeoc-
 « cupauerunt ferre. »

Il résulte donc de ces textes concordants qu'à l'époque des Douze Tables déjà, il était beaucoup plus avantageux de payer l'amende en monnaie qu'en nature. Quelle est en effet la légère estimation à laquelle Cicéron fait allusion ? Elle nous est indiquée par Festus, s. v^o *Aestimata poena* (*ab antiquis ab' aere' dicta est, qui eam aestimauerunt aere, ouem decussis, bouem centussis, hoc est decem uel centum assibus*) et s. v^o *Maximam multam* (Bruns, 2, p. 13). De fait, nous savons aussi par le même Festus, v^o *ouibus*, que les animaux consignés dans le *sacramentum* ont été remplacés

1. Cf. E. Pais, *Hist. rom.*, dans Glotz, trad. Bayet, p. 108.

2. Cf. Giffard, *Lég. de proc. rom.*, p. 31.

par cinquante as, soit exactement le prix de cinq moutons, ou par cinq cents as, soit le prix de cinq bœufs². Ainsi cent as n'étaient qu'une légère estimation de la valeur d'un bœuf, une peine acceptée par le peuple d'un cœur léger, réclamée par lui à la place des anciennes amendes en nature. Que si par ailleurs, l'amende de la procédure du *sacramentum* montait parfois jusqu'à cinq cents as, on conçoit que celle de cent cinquante as, prononcée par la loi des Douze Tables, dans le cas de l'*os fractum seruo*, et celle de vingt-cinq as¹, dans celui de l'arbre coupé, aient été jugées insuffisantes, surtout lorsque la baisse de la valeur de l'as et les altérations des premières monnaies eurent rendues plus ridicules encore les peines anciennes tarifées par la loi.

Représentons-nous maintenant la situation de la plèbe dans la seconde moitié du v^e siècle. Elle s'était grandement améliorée. « Certains de ses membres, qui s'étaient enrichis « par le commerce, écrit Ettore Pais², ou avaient pu s'assurer par leur bravoure une part de butin, réussirent à « acquérir des domaines privés ou des parcelles de l'*ager publicus*. » Nous touchons ici au cœur même de la question. Ces nouveaux venus, ces prétendants au partage de l'*ager publicus* n'ont pas toujours rencontré la faveur du *patriciat*³. Tous nos développements antérieurs nous conduisent à cette conclusion. Le sens de l'évolution historique de la répression du *damnum iniuria datum*, le fait que la plèbe fut satisfaite de l'aggravation de la pénalité ancienne, les conflits latents ou déclarés entre les deux ordres, les scènes de violence sur lesquelles Sell a, à juste titre, attiré l'attention,

1. M. Fliniaux, Stud. Bonfante, I, p. 540, l'action de *arb. suc.* donne son adhésion entière à l'opinion « de ceux qui voient dans l'infraction réprimée par l'*a. de arb. succ.* un des cas particuliers de *damnum iniuria datum* déjà prévu par la loi des XII Tables ». Plus tard, le fait de *succidere* tomba également sous le coup de la loi Aquilia. Cette opinion est en parfaite concordance avec la solution présentée ci-dessus au texte. A côté de l'ancienne amende fixe de 25 as, la loi Aquilia a ici encore introduit une peine proportionnelle au dommage.

2. Pais, *ibid.*

3. Pais, *ibid.*, qui pense que les patriciens devaient parfois se prêter à la colonisation par les plébéiens des terres enlevées aux peuples voisins, parce qu'ils voyaient là l'occasion d'éloigner de Rome les plus turbulents d'entre eux.

la gravité primordiale, maintes fois soulignées, de la destruction de l'esclave et du *pecus*, ces deux instruments primitifs de l'exploitation agricole, mise en pleine lumière par les dispositions essentielles de la loi Aquilia, tout nous pousse à imaginer les résistances que rencontra la pénétration de la plèbe enrichie dans l'*ager publicus* ou dans la fortune immobilière privée. Les patriciens jaloux de conserver la puissance financière pour garder leur influence politique ont certainement réagi avec violence. D'où des délits de voisinage, les mille ennuis créés par les habitants, agriculteurs et paysans défiants, au nouvel arrivant, la destruction des troupeaux, des esclaves, des biens. Et comme moyen de répression, imaginons l'amende ridicule de cent cinquante as pour punir le fait d'avoir estropié un esclave, ou de dix as pour servir de sanction à celui d'avoir tué un mouton. Une réadaptation s'imposait : il ne fallait pas permettre aux patriciens, grâce à l'infime modicité du taux des amendes, de troubler impunément leurs nouveaux voisins dans leur jouissance. D'où l'amende proportionnelle de la loi Aquilia et, en cas de dénégation, pour la renforcer, la peine du double contre celui qui niait l'un ou l'autre des deux délits punis dans le premier chapitre (meurtre d'un esclave ou de l'un des *animalia quae pecudum numero sunt*).

Cette peine du double apparaît comme une menace destinée à pousser le patricien à l'aveu du délit et, par là, à décharger le plébéien du fardeau de la preuve. Nous croyons qu'il faut accepter ici l'explication de Sell à tort généralisée par cet auteur².

1. A la fin du v^e siècle l'afflux des capitaux à Rome a certainement précipité la baisse de l'as. D'où la réforme monétaire de 486, approximativement contemporaine de la loi Aquilia. Dans le domaine de la procédure, la même réadaptation s'imposait. Puntchart écrit, dans *Entwicklung des grundgesetz. Civilrechts*, p. 414 et s., que la *legis actio certae creditae pecuniae* a été créée par la loi Silia (en 465 selon lui), parce que la *sponsio tertial* partis devait rendre à la peine du plaideur téméraire son caractère d'intimidation. Cf. *contra*, Jobbé-Duval, *Procéd. civ.*, 1, p. 128, dont l'objection tombe, si l'on admet que la loi Aquilia fait précisément partie d'un certain nombre de mesures destinées à parer aux nécessités nouvelles.

2. Cf. ci-dessus, pp. 16 et 20.

CHAPITRE V

L'INFITIATIO DANS L'ACTION DU LEGS PER DAMNATIONEM

Aucun parti n'est à tirer ici du chapitre¹ que Rudorff consacre, dans son traité de la *litiscroissance*, au legs *per damnationem*. Le point de départ de l'auteur, sa célèbre doctrine de la force exécutoire de la *damnatio*, aujourd'hui à peu près abandonnée, la longue et vaine querelle qui l'oppose à Huschke sur la notion du *certum*, tout dans cette partie de l'ouvrage est visiblement en dehors de la question. La *damnatio*, formule symbolique dont sortirait la force exécutoire, ce droit à l'exécution « parée », dont on a si souvent disserté, n'est qu'un mythe. Nous avons déjà vu que *damnare* n'est originairement que le fait du juge de l'estimation, de l'*arbiter litis aestimandae* qui évalue le montant de l'obligation incertaine déjà reconnue par le juge (*iudicare*) ou avouée dans son principe par le défendeur (*confessio incerti*²). Cette évaluation est préalable à l'exécution : elle est et est demeurée nécessaire jusqu'à la reconnaissance postclassique de l'exécution *manu militari* de la sentence. En aucun cas le *damnas esto* de la loi ou du testateur ne suffit à fonder une *m. i.*, puisque le mécanisme lui-même de la *litiscroissance* nous révèle que, même lorsque le défendeur reconnaît l'obligation pesant sur lui,

1. *Op. cil.*, p. 399 à 417.

2. Cf. article de Wlassak, précit., p. 99, n. 2 ci-dessus, Von Mayr, *Röm. Rechtsgeschichte*, Buch I, p. 143.

il faut encore nommer un juge pour faire l'estimation. Et le droit à l'exécution naît alors de la décision (*damnatio*) de ce juge sans qu'il puisse être question de le faire remonter jusqu'à l'ordre de la loi, au fameux *damnas esto* qui se traduit par « qu'il soit condamné » et fait très certainement allusion à la dernière phase de l'instance de laquelle vient la procédure rigoureuse de la *m. i.* ancienne. Dans l'hypothèse nouvelle qui nous occupe, nous avons une raison de plus de repousser l'opinion de Rudorff, raison qu'il connaissait lui-même d'ailleurs et contre laquelle il a obscurément disserté. Les jurisconsultes classiques considèrent la *damnatio* et la formule *damnas esto*¹ comme dépourvue de toute importance dans la matière du legs *per damnationem*. Lorsque le testateur dit : *heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere* [sibique habere, malgré la *damnatio*, c'est seulement un legs *sinendi modo* qui prend naissance² et en aucun cas l'infitiatio n'aura ici

1. Cf. Rudorff, p. 401 et n. 151 et 152.

2. Cf. Gai, 2, 209 : « Sinendi modo ita legamus : heres meus damnas esto sinere... » Ulp., *Reg.*, 24, 5. Cet argument de force irrésistible est dû à Huschke Z, *viert. B. d.*, Gaius, précit., p. 265. Mais il semble n'avoir été qu'entrevu par celui-ci. Au contraire, Rudorff qui en sent tout le poids, le développe et tente d'y répondre. Il relève l'étrangeté (?) de la contradiction apparente entre le nom de l'institution (*leg. per damnationem*) et sa formule, qui ne suppose pas nécessairement une *damnatio*, d'une part, et le fait que les textes ne font, d'autre part, allusion qu'à la procédure de droit commun qui, pour Rudorff, est une *condictio* dans tous les cas. Et c'est par un détour ingénieux, mais qui ne supporte pas l'examen que cet auteur parvient cependant à retrouver l'effet exécutoire de la *damnatio*. Il suppose tout simplement qu'originellement, il existait bien une *m. i.* subordonnée à deux conditions : a) l'usage de la formule *damnas esto*, d'où le nom du legs se serait conservé ; b) un objet consistant en une somme certaine de monnaie de l'Etat romain, à cause de la formule de la *legis actio* dans Gaius, 4, 21. Mais avec la loi Vallia (Rudorff écrit Valeria) cette *m. i.* devint *pura* et l'héritier put se défendre de lui-même. La *m. i.* perdit ainsi sa signification. Elle n'avait plus qu'une existence de pure forme, elle fut donc rapidement supplantée par le recours de plus en plus fréquent à la procédure ordinaire des actions personnelles tirées des lois Silia et Calpurnia ou, depuis la loi Aebutia, par la formule *si paret dare oportere* qui a remplacé le *damnas esto* ancien (ce dernier point est rigoureusement exact et admis par M. Lenel). Quant à l'absence de la *litiscroissance* dans le legs *sinendi modo*, malgré la *damnatio*, Rudorff l'explique par le fait que ce legs porte sur un *incertum* (*facere*), ce qui est assurément exact. Cf. sur cet *incertum* Giffard, *Cours*, 1931-1932, p. 645. La pure hypothèse de Rudorff n'a même pas besoin de réfutation : elle ne repose sur rien et a tout contre elle. Par ailleurs, l'argument tiré de l'existence d'un *incertum* dans le legs *sinendi modo* est inopérant,

pour résultat de faire croître l'action au double. Au contraire, l'omission de la *damnatio* dans la formule du legs *per damnationem* et le simple usage du mot *dato* ou *facito* n'efface pas le caractère du legs *per damnationem* et **l'action sera éventuellement donnée au double.** La force de cet argument est telle qu'il convenait de lui donner l'une des premières places dans ce chapitre. Aussi bien convient-il, pour en terminer avec la question de la *damnatio* — qui est à éliminer dès le début de nos explications — de faire remarquer que la *manus iniectio* est écartée, dans le cas du legs *per damnationem*, par Lenel, dans la troisième édition de son *Edictum*¹, dans des termes qui ont été déjà rapportés.

Sell pas plus que Huschke, d'autre part, n'a su dégager un point de départ sérieux. Nous pensons qu'il faut, non seulement, en suivant le conseil de Lenel, se défier de toute construction facile, mais encore faire table rase de toutes les solutions du passé. L'étude entière de la matière est par conséquent à reprendre.

Le mystère des origines, du « pourquoi » de la *litiscroissance*, pèse sur tout le sujet du présent chapitre. Au contraire, l'évolution postérieure de l'institution est facile à retrouver, mais les déformations de celle-ci y paraissent telles qu'il est impossible d'utiliser les sources récentes pour tirer d'elles quelques renseignements utiles sur sa naissance. Nous étudierons donc, en premier lieu, la formation de la théorie de la *litiscroissance* dans le cas particulier du legs *per damnationem*, et, dans une seconde par-

car il faudrait commencer par démontrer que l'action pour croître au double exige toujours un *certum*, ce que Huschke, nous le verrons, a bien cru démontrer en s'appuyant sur le cas du *iudicatum* et du *depensum*, mais ne peut même pas être raisonnablement soutenu en ce qui concerne hypothèse du *damnum iniuria datum* où nous avons rencontré le type même de l'action à *litiscroissance*. Nos développements antérieurs nous autorisent à ne pas insister. Certes, il est exact que l'*a.* du legs *per damnationem* ne croît au double que lorsqu'elle porte sur une *certa pecunia* ou une *certa res*, mais cela s'explique d'une toute autre façon. Cf. ci-dessus au texte.

1. Cf. Lenel⁸, p. 368.

tie, les transformations du système jusque dans le droit de Justinien.

§ 1. *Origines et formation du système de la litiscroissance dans le legs per damnationem.*

Pour comprendre le sujet, il faut avant tout se pénétrer des rapports étroits du legs *per damnationem* avec l'acte *per aes et libram*. Ils ont été à merveille dégagés par M. Cuq¹. « Ce legs (*p. damn.*) qui, à l'époque classique, peut « avoir pour objet toute espèce de choses, eut d'abord une « portée plus limitée, dit l'éminent auteur : il s'appliquait « à des choses certaines qui se comptent ou qui se pèsent. » Et M. Cuq donne deux preuves à l'appui de son opinion : d'abord la nécessité de l'emploi de la *solutio per aes et libram* pour libérer² l'héritier ; cela ne se comprend que si le legs a pour objet des choses certaines qui se pèsent et se comptent³ d'où il déduit que ce mode de libération ayant été seul admis dans l'ancien droit, le legs *per damnationem* ne s'appliquait qu'aux cas où l'on conserva plus tard l'usage de la libération par l'airain et la balance ; en second lieu, la règle selon laquelle *lis infitiando crescit in duplum*, ne s'applique qu'au cas où le legs *p. d.* porte sur une chose certaine et serait, pour M. Cuq, un nouveau vestige de l'époque où ce legs n'avait qu'une sphère d'application limitée.

Vérifions ces idées par l'étude directe des sources.

Gaius (4.9) enseigne que *rem uero et poenam persequimur... quod accidit... aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt*. Cette lecture est aujourd'hui bien établie. On peut donc négliger, sur les restitutions différentes que nous avons déjà signalées, la littérature abondante de la première moitié du siècle dernier. La même exigence du *certum* résulte des *Inst.* de Just. 3.27.7 :

1. Cf. *Man. des Inst. Jur.* p. 770 et n. 8.

2. Gai, 3.175.

3. Gai, 3. 175, *in fine*.

« Quod ueteres quidem in his legatis locum habere
 « uoluerunt, quae certa constituta per damnationem
 « cuicumque fuerant legata. »

Le *legatum certum relictum* est, pour nous, une notion claire. Il comprend à la fois la *pecunia certa*, la *quantitas certa* et la *res certa*. Or, si l'on approche ce fr. de Gaius 3. 175 :

« Similiter legatarius heredem eodem modo liberat
 « de legato, quod per damnationem relictum est, ut
 « tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se
 « esse significat, ita heres testamento se dare damna-
 « tum esse dicat. de eo tamen tantum potest heres eo
 « modo liberari, quod pondere numero constet, et
 « ita, si certum sit. quidam et de eo, quod mensura
 « constat, idem existimant. »,

il convient de constater que cette notion est rigoureusement précisée par le jurisconsulte. Celui-ci indique par les mots *et ita si certum sit* que le *legatum certum* est celui des choses qui se pèsent ou se comptent, et aux yeux de certains aussi des choses qui se mesurent. Il y a donc identité entre ce qui peut faire l'objet de la *solutio per aes et libram* d'une part et ce qui doit faire d'autre part celui de l'action à *liliscroissance*. Est-ce là une simple coïncidence ?

Si l'on considère dans son ensemble le passage dont ces fr. sont extraits :

Gaius 3.173 : « Est etiam alia species imaginariae
 « solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus
 « certis in causis receptum est, ueluti si quid eo nomine
 « debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid
 « ex iudicati causa debeatur. » 174. Adhibentur non
 « minus quam quinque testes et libripens; deinde is,
 « qui liberatur, ita oportet loquatur : quod ego tibi,
 « tot milibus condemnatus sum... 175. Similiter lega-
 « tarius... » (Cf. ci-dessus)¹.

1. Cf. Rudorff, pp. 410 et s., où se trouve analysée la littérature ancienne.

on s'aperçoit qu'il est tout entier commandé par le § 173 duquel les deux autres ne sont que le développement. Le § 173 pose en effet une règle qu'il illustre par deux exemples dont le premier — le seul qui nous intéresse ici — est celui où « quelque chose est dû au titre de ce qui est fait par la balance et par l'airain », le second se rapporte à ce qui est dû en vertu d'une décision judiciaire. Puis dans le § 174, Gaius développe son dernier exemple. Enfin il commence son § 175 par le mot *Similiter* qu'il faut rattacher de toute évidence à ce même exemple, car le jurisconsulte compare la situation du *iudicatus* à celle de l'héritier *damnatus*, c'est-à-dire contraint à *dare*. Gaius semble donc assimiler ici le *damnas esto* du testateur à la sentence d'un juge. Remarquons d'ailleurs qu'il ne le fait qu'à propos du mode de libération exigé du *iudicatus* et du *damnatus*. On peut sans doute accepter comme une vérité historique que la formule *damnas esto*, prononcée par la loi ou même par un citoyen, avait le même sens que *talio esto* ou *damnum dedito*, c'est-à-dire l'ordre exprimé par le juge (*pronuntiatio*) et qui n'est pas encore exécutoire, faute d'estimation (*damnatio*). Mais il nous semble que la *solutio per aes et libram* dans le legs *p. d.* peut s'expliquer d'une tout autre façon, car nous pensons que, malgré tout, l'assimilation faite par le jurisconsulte du *iudicatus* et de l'héritier est un peu suspecte : on doit la tenir pour une opinion personnelle exacte en elle-même peut être, mais imaginée après coup pour servir d'explication à certaines choses que Gaius à son époque ne comprend plus. Nous allons développer cette idée.

Supprimons en effet tout le membre de phrase où est exprimée l'opinion de Gaius : *ut tamen — esse dicat*. Les deux exemples de *solutio per aes et libram* s'éclairent. Celui du § 175 (legs *p. d.*) doit être rattaché à la proposition *ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*. Cela veut dire que la libération imaginaire du legs *p. d.* se fait par l'airain et la balance, parce que *ce legs est dû au titre de ce qui se fait de la même façon*. Il est certain en effet qu'à l'époque classique le testament *per aes*

et libram est d'un emploi courant et contient toutes espèces de legs. Le legs *p. d.* était donc bien un *debitum eo nomine, quod per aes et libram gestum sit* et il l'était exclusivement, car, d'une part, le legs *sinendi modo* n'était que l'un de ses succédanés¹ rentrant, abstraction faite de la *liliscroissance*, dans la même notion juridique et se confondant avec lui, d'autre part, ni le *legs per uindicationem* ni le legs *per praeceptionem* ne constituaient des dettes de l'héritier, puisque le légataire était déjà [propriétaire de la chose léguée et avait, à défaut de tout droit personnel d'obligation, un droit réel sur elle. Il n'existait donc à proprement parler d'obligation portant sur un *dare*, au sens de Gaïus 3.175, que dans le legs *p. d.* On doit en conclure qu'avant de devenir une *imaginaria solutio*, la libération *per aes et libram* du legs *per damnationem* s'expliquait aussi par le fait que ce legs était fait *per aes et libram*. D'où vient que Gaïus n'ait pas compris cette facile et sûre explication et que, pour expliquer, l'exigence de la *solutio per aes et libram* dans le cas du legs *p. d.*, il se soit cru obligé, au lieu de la rattacher à la règle connue de lui, selon laquelle tout ce qui était dû au titre de l'airain et de la balance devait être payé de même, à une assimilation assez douteuse du *iudicatus* et de l'héritier?

C'est qu'à son époque, il voit toutes les différentes sortes de legs voisiner dans le même testament : le legs *per uindicationem* est, comme le legs *p. d.* inscrit sur les tablettes du testateur dans le testament *per aes et libram*. Il ne songe pas dès lors à rechercher si la différence constatée du point de vue du mode du paiement du legs *p. d.* peut s'expliquer par l'acte *per aes et libram* où il voit confondu ce legs avec le legs *p. uind.* : il ne remonte pas jusqu'à la *mancipatio familiae*, de laquelle est issu le testament *p. a. et l.* et où le type de l'acte *p. a. et l.* se montre beaucoup plus pur que dans le testament postérieur.

De fait, les rapports du legs *p. d.* avec la *lex* ou *nuncu-*

1. Cf. Giffard, *Précis de droit romain*, p. 460; Bonfante, *Istituzioni*, p. 618.

patio de la *mancipatio familiae*, par laquelle le mancipant donnait mandat (*mandatela*) à l'*emptor* de « faire parvenir certains de ses biens à certaines personnes », ont été sentis par M. Giffard¹. Il faut ici les préciser, car l'étude de la *litiscroissance* est sans doute celle qui permet le mieux de le faire. Rappelons en effet la notion de l'*infitiatio* déjà-rencontrée dans la loi des Douze Tables :

Cic. de off. 3.16.65 : « cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret... »

Ne convient-il pas, en rencontrant la *même peine* du double dans le legs *per damnationem*, au sujet de la *même infitiatio*, de trouver ici la preuve que le legs *p. d.* était primitivement une *lex lingua nuncupata* — d'où la peine du double —, ce qu'il a cessé d'être depuis qu'il est devenu, dans le testament *per aes et libram*, une disposition écrite les tablettes² ?

Cette seule constatation est grosse de déductions et de conséquences. Le texte de Cicéron est précis et clair : la peine du double était la sanction du reniement de toute parole expressément et solennellement prononcée à l'occasion de la *mancipatio*³. D'où il faut conclure, par une

1. Giffard, *Précis*, p. 401, n. 1 et pp. 459-460.

2. Cf. Bonfante, *Corso*, 2, *La Proprieta, sezione II*, p. 146, *Zur Cic. De orat.*, 1.57.245.

3. Nous n'hésitons pas à prendre nettement parti dans la grave controverse qui sépare encore aujourd'hui les romanistes sur le sujet du caractère obligatoire des clauses adjointes à la *mancipatio*. Selon la doctrine dominante, représentée par Girard, *Man.*, p. 598, n. 3 et Bonfante, *Corso*, 2, p. 146, il faut restreindre la validité de la *nuncupatio* et des *leges Mancipii* aux « clauses qui rentrent dans le caractère aliénatoire de la *mancipatio*, c'est-à-dire dans le domaine des actions qui découlent de ce dernier (*rei vindicatio actio auctoritatis, actio de modo agri*). » La lecture de la littérature ancienne et actuelle sur ce point nous a convaincu qu'une telle interprétation des textes, qui disent formellement le contraire, est tout à fait arbitraire et ne repose sur aucun argument sérieux. D'une part, dit Girard, *loc. cit.*, les seules actions pénales qui résultent de la *mancipio* sont les actions *auctoritatis* et de *modo agri* et c'est elles que vise Cic. de off., 3.16.65 en parlant de la peine du double due par l'auteur du mensonge. C'est là une pure inexactitude, ne car nous démontrons au texte ci-dessus que l'action au double *ex testamento* a elle aussi sa source dans les *uerba nuncupata* de la *mancipatio familiae* originaires. D'autre part, nous prouverons plus loin (ci-dessus, p. 167) que l'*actio iudiciae* qui, selon Bonfante, *loc. cit.*, parce qu'elle conférerait force obliga-

logique que rien ne peut révoquer, que, si le legs *per uindictionem* n'a jamais été sanctionné par une action au double

toire aux pactes excédant le domaine de la *mancipatio*, serait une action tardivement reconnue, est elle-même à rattacher, au moins dans un cas, à la prescription des Douze Tables rapportée par Cic. Nous exposerons alors les opinions de Lenel et surtout de Pernice qui ont, à notre sens, démontré qu'il existait, avant l'action de bonne foi de *fiducie* une *legis actio fiduciae*. Quand à dire que l'opinion que nous défendons anticipe en partie sur le contrat innommé de Justinien (Bonfante, *loc. cit.*), cela est en réalité oimpossible, car de toute façon la *lex mancipii* est l'accessoire d'un acte formel sur lequel elle s'appuie plus ou moins directement. L'évolution historique de la *lex priuata*, retracée par M. Georgesco, dans sa thèse, Paris, 1932, va de l'époque très ancienne où la *lex* est considérée comme un statut de la chose vers la reconnaissance de ce caractère accessoire de la *lex*, de la « *lex rei sua dicta* » vers la « *lex in mancipio dicta* » créatrice d'obligations. La *lex priuata*, dit M. Georgesco a commencé par être un acte créateur d'obligation sous la forme de la *lex fiduciae* qui forme la transition. Cf., p. 42 et p. 152. Lr, la *mancipatio familiae* est une *mancipatio fiduciaria*. L'emplot *familiae* n'est pas tenu moralement seulement, en vertu de la *fides*, mais en vertu d'une disposition formelle des Douze Tables : « *Uti legassit super pecunia tutelaue suae rei ita ius esto.* » Cf. Giffard, *Précis*, p. 401, n. 2 et litt. dans Georgesco, p. 73 et s. Il en est de même de la *legis actio fiduciae*, lorsqu'elle sanctionnait un dépôt réalisé, par le moyen d'une mancipation fiduciaire. Une action au double était donnée alors, attestée par *Collatio*, 10.7.11, cf. ci-dessous, p. 66 et s. L'obligation reposant sur la *fides* n'est qu'une notion postérieure. On comprend que dans ces conditions, nous nous rangions aux côtés et à l'avis de M. Georgesco dans la critique qu'il adresse au dernier argument précité de M. Bonfante. Cf., p. 148. Plus arbitraire et moins soutenable encore nous paraît être l'opinion de Pernice, *Labeo*, 3.1, p. 120 sur Cic. *de Off.*, 3.16.65, qui tient ce passage pour une pure figure de rhétorique.

Cependant une conciliation ne nous semble pas impossible. Il n'entre pas dans notre intention de soutenir que l'on pouvait rendre obligatoire n'importe quelle clause en l'adjoignant à la *mancipatio*. La coutume, l'usage ont certainement de bonne heure limité l'emploi d'un certain nombre de clauses en dehors desquelles il n'est venu à l'esprit de personne de recourir à une *mancipatio* pour rendre obligatoires des conventions très distantes des applications habituelles de la *mancipation*. La restriction de la règle « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* » est donc venue moins du droit exprès que de l'usage coutumier, c'est-à-dire, du fait. Mais dans les limites ainsi définies, toute violation formelle, toute *infitiatio* des *uerba nuncupata*, était, à nos yeux, punie du double. Rien n'est plus inexact que de dire qu'il n'existait que deux actions pénales découlant de la *mancipatio*, l'*actio auctoritatis* et l'*actio de modo agri* et d'interpréter en ce sens Cic. *de Off.*, 3.16.65. Une interprétation aussi restrictive est absolument interdite, étant donné que les textes affirment toujours que *le mancipio* dans à répondre de tous ses *dicta promissaque*, surtout en matière de *mancipatio familiae* où la validité des dispositions expresses doit être rapporté à l'*uti lingua nuncupassit* des Douze Tables. Cf. en effet, Cic. *de Orat.*, 1.57 (au sujet de la contestation du testament par un héritier nécessaire) : « *tu lapides — flere ac lamentari coegisses, ut totum illud : uti lingua nuncupassit non in XII tabulis — sed in magistri carmine scriptum uideretur.* » Voy. sur ce texte, Bonfante, Corso, *loc. cit.*; Rudorff, *op. cit.*, p. 427; en sens contraire l'un de l'autre, Comp. enfin avec Cic. *pro Caec.*, 23 (au sujet de

en cas d'*infiliatio*, c'est qu'il n'a jamais fait l'objet d'une *lex mancipii* adjointe à la *mancipatio familiae*, ce, à la différence du legs *per damnationem*.

À la lueur de cette démonstration, l'exactitude de notre interprétation de Gaius 3.175 est confirmée. Le jurisconsulte ne comprenait plus le second exemple de *solutio per aes et libram*. Ne discernant pas le lien du legs *p. d.* avec le principe exposé dans le membre de phrase « ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit » sans une plus grande précision, il a cru pouvoir rattacher ce cas à celui du *iudicatus* par une comparaison un peu outrancière.

On comprend de même pourquoi, à notre avis¹, le legs *per uindicationem* ne peut pas faire l'objet de la *mancipatio familiae* : c'est que dans celle-ci, il n'y a que le *familiae emptor* qui puisse recevoir — et encore à titre fiduciaire — la propriété d'un bien héréditaire¹. Au contraire, dans le testament *per aes et libram*, le rôle de l'*emptor familiae* n'est plus que de pure forme et ce dernier ne se voit plus transférer la propriété fiduciaire de l'hérédité.

L'exigence du *certum*², marquée par Gaius 4.9, là où

l'opposition entre le *ius* et l'*aequitas*) si... summo iure « contenditur... tum illud quod dicitur uti lingua nuncupassit irridet; » Varro, de *l. l. V*, 9. (Au sujet de la déclaration du prix de la vente dans la *lex mancipii*) « nuncupare nominare ualet in legibus (Rudorff sous entend ici *mancipiorum*, cf. *loc. cit.*, n. 189) ubi nuncupatae pecuniae sunt scriptae »; enfin le fameux texte de Gaius, interpolé par les compilateurs et où *traditionibus* a pris la place de *mancipationibus* : D., 2.14, de *pact.*, 48; Gaius, liv. III, ad *legem duodecim tabularum* : « In traditionibus rerum quodcumque pactum sit; id ualere manifestissimum est ».

1. Nous n'ignorons pas que cette opinion est très contestée. M. Ferrini notamment, dans sa *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, 1889, a soutenu avec énergie (p. 17-22) que « gli antichi testamenti non contevano altri legati che quelle lasciati per uindicationem ». Aucun de ses arguments ne nous paraît convaincant. Il nous semble impossible d'admettre que le legs *per damnationem* aurait été reconnu au début du *vire* siècle, après le *legssinendi modo*, à la suite d'un développement spontané de la jurisprudence. L'explication imaginée par cet auteur se réfute d'elle-même, car s'il faut trouver une trace de cette origine, comme l'a écrit M. Ferrini, dans la *solutio per aes et libram* dont traite Gaius, 3.175, on ne comprend plus pourquoi ce mode formaliste aurait été exigé pour le paiement de ce legs à l'époque où précisément il allait commencer à tomber en désuétude et devenir l'*imaginaria solutio* que connaîtra plus tard Gaius. Bien d'autres objections pourraient aussi bien être faites à l'opinion de M. Ferrini.

2. Voy. aussi sur la notion du *certum*, l'explication de Théophile sous *Inst.*, 3.27, § 7, et là-dessus, Huschke, *op. cit.*, p. 259; Rudorff, p. 406,

l'action croît originairement au double s'explique aussi : la sanction du double apparaît comme étant celle de l'*infinitio* se produisant à la suite d'une *mancipatio familiae*. Or, cet acte ne pouvait être employé qu'à propos d'un *certum*. Nous retrouvons ici la théorie de M. Cuq.

Enfin il faut tirer un dernier argument d'une autre définition du *certum*, qui nous est donnée également par Gaïus, 3.124 :

« pecuniam autem creditam dicimus non solum
« eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam
« tum, cum contrahitur obligatio, certum est debi-
« tum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur
« in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in
« diem certum dari stipulamur, eodem numero est,
« quia certum est eam debitum iri, licet post tempus
« petatur. appellatione autem pecuniae omnes res in
« ea lege significantur; itaque et si uinum uel fru-
« mentum aut si fundum uel hominem stipulemur,
« haec lex (Cornelia) obseruanda est. »

Il faut croyons-nous étendre au legs *per damnationem*, sanctionné à l'époque de Gaïus par l'action à *litiscroissance* la notion ainsi définie du *certum*. Si l'on exige en effet que ce legs porte sur un *certum* pour que l'action croisse au double *aduersus infitiantem*, c'est là encore une preuve que la *mancipatio familiae* qui, comme toute *mancipatio*, est anciennement un *actus legitimus* et ne peut comporter aucune modalité, la *lex mancipii* n'admettant aucune condition, est, en ce qui concerne notre legs, à l'origine de la répression au double de l'*infinitio*.

* * *

Ainsi, à l'époque très ancienne l'action *ex testamento* est, dans le cas du legs *p. d.*, une action au double, comme l'est certainement l'action de *modo agri*. Toutefois, une différence importante existe entre ces deux actions : la première suppose une *infinitio* expresse du défendeur ; au contraire l'*infinitio* dans l'action de *modo agri* réside dans le fait lui-même de livrer une contenance moins grande que

celle que l'on déclare solennellement : elle ne s'exprime donc pas, elle est un fait. A part cela — qui est, ainsi qu'on va le voir, le germe des développements futurs — ces deux actions sont identiques. Il n'existe pas davantage d'action au simple dans le cas du legs *p. d.* que dans celui de l'action de *modo agri*.

En effet si l'*a. iudicati* et l'*a. depensi* ne sont devenues — comme cela a été démontré — de véritables actions à *liliscroissance* que dans la procédure formulaire, c'est-à-dire lorsqu'elles purent être données au simple, dans certains cas, on comprend que le concept de l'*infiliatio* ait été d'abord tout à fait différent de celui de la *liliscroissance*. Aucun texte ne parle d'une action au simple pour cette époque lointaine, antérieure à la loi Aquilia. Au contraire celui de Cicéron atteste l'existence, selon les Douze Tables, d'une notion unique de l'infiliatio, génératrice de toutes les actions données au double comme sanction des diverses fraudes commises dans la mancipatio. La théorie de la croissance au double de l'action, par suite de l'*infiliatio*, ne s'est pas encore formée, puisque nous ne la trouvons pas dans les *a. iudicati* et *depensi*. Il est donc certain que l'*a. ex testamento* qui nous occupe est toujours au double, à l'instar de ses autres sœurs, parmi lesquelles certainement l'*a. de modo agri*.

Mais à l'époque classique, Gaius enseigne que cette action est une action à *liliscroissance* :

Gai. 2.282. « Item si legatum per damnationem
« relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur;
« fideicommissi uero nomine semper in simplum
« persecutio est. »

Le mot *semper* marque ici la différence existant entre la condamnation prononcée à la suite de l'*infiliatio* dans l'action *ex testamento* et celle qu'obtiendra le fideicommissaire dans l'hypothèse de l'*infiliatio* également. Il en résulte *a contrario* qu'une action au simple est éventuellement donnée comme sanction du legs *p. d.* Cela est en

effet admis par l'immense majorité des auteurs¹, bien qu'il se trouve encore des écrivains pour considérer comme dominante l'opinion selon laquelle la condamnation dans les quatre actions énumérées par Gaius 4.9 serait toujours *in duplum*², ce qui est un contresens formel, car les textes attestent directement l'existence de la condamnation *in simplum* dans l'*a. leg. Aq.*³ et aussi dans l'action *ex testamento*⁴, Justinien représentant cette dernière comme l'une de celles que les *ueteres* rangèrent sous l'application de l'adage « *lis infitiando crescit in duplum* ». Tout doute quant à l'existence d'une action *ex testamento in simplum* dans le droit classique doit donc résolument être écarté⁵.

Ainsi, une action au simple existe dans le droit classique et il nous est interdit de concevoir cette même action au moins avant l'apparition de la procédure formulaire, car la formation du système de la *litis crescentia* paraît ici avoir marché de pair avec celle de l'*a. iudicati* et de l'*a. depensi*, elles aussi devenues actions éventuellement au simple à la même époque. L'antériorité de la naissance de l'action au simple *ex lege Aquilia* nous est donc encore attestée par là.

D'autre part, l'action au simple n'est pas la seule innovation des temps nouveaux. Si l'on admet, avec M. Cuq que le droit ancien, dont nous retrouvons la trace dans Gaius 3.175, ne connaissait le *legis p. d.* que pour les choses certaines qui se pèsent ou se comptent, que ce legs s'est successivement étendu, vers le milieu du vi^e siècle⁶, par

1. Cf. Giffard, *Confessio*, p. 164 et s. et litt. cit., Thomas, *N. R. H.*, 1903, p. 589 et 591.

2. Costa, *Il Profilo storico del Processo civile romano*, 1918, p. 81, n. 1.

3. Collatio, textes cités ci-dessus, p. 90; D., 9.2.23, § 10, § 11, *eod. t.* 24, *eod.*, t. 25. Cf. Thomas, *op. cit.*, p. 591, n. 1.

4. Cf. pour le droit antérieur à Justinien, Gaius, *Epitome* 2, 8 *in fine* « *legatorum uero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.* » Epit. Seld. Hänel, *L. R. W.*, p. 331 « *sed ex mora solutionis duplicantur.* » Cf. *Inst. Just.*, 3.27.7 : « *Sic namque definiunt ueteres : ex quibusdam causis infitiando lis crescit, ueluti ex lege Aquilia, item ex legato.* » Cf. en outre sur une hypothèse spéciale de condamnation *in duplum* sur l'exercice de l'*a. testamento*, Thomas, *op. cit.*, p. 596 et D., 31.44, § 1.

5. Lenel³, p. 368 maintient que notre action est de celles « *quae infitiando crescent in duplum* ».

6. Cf. Cuq., *Man.*, p. 771.

la jurisprudence, aux quantités qui se mesurent, puis aux corps certains, aux créances et même aux choses incertaines, il convient de rechercher quelles ont été les solutions apportées, lors de ces extensions successives, au problème de la *litis*croissance qui n'a pas manqué de se poser alors, à propos de chacune d'elles.

Peu de choses sont à dire sur la première extension (quantités qui se mesurent). La solution à admettre dépendait de l'opinion non universellement admise, selon Gaius, 3.175, qui faisait de *quod mensura constat* un *certum* pouvant être éventuellement l'objet d'une *solutio per aes et libram*. Nous avons vu en effet que le *legatum certum*, selon Gaius, est celui qui peut faire l'objet d'une *solutio per aes et libram* et nous l'avons expliqué en le rattachant à l'ancienne *mancipatio familiae*. L'unique condition admise pour que l'*a. ex testamento* soit donnée au double *aduersus infitiantem* est que le legs *p. d.* concerne un *certum*. Le *quod mensura constat* pouvait donc, dans la mesure où il était considéré comme un *certum* donner éventuellement lieu à une action *ex testamento in duplum*.

La même solution a été étendue aux legs de corps certains. La *duplatio actionis* se trouve, pour le legs *p. d.* dans le *certum esse* de la créance, c'est-à-dire dans la double certitude de son fondement et de son objet. A cela se ramène une idée juste de Huschke qu'il a à tort voulu généraliser en l'étendant à tous les cas de *litis*croissance. Quant à son fondement le legs *p. d.*, pour donner naissance à l'action éventuellement au double, doit être certain et il l'est dès lors qu'il n'est affecté d'aucune condition (Gaius, 3.124). Quant à son objet, il l'est aussi qu'il s'agisse de choses fongibles déterminées dans leur *quid, quale, quantum* ou de choses non fongibles certaines. Que la *res certa* n'exclut point la *litis*croissance, c'est ce qui résulte de plusieurs textes du *Digeste* :

- 1) D.35.2 *ad leg. Falcidiam* 61 (*Iauolenus* liv. 4 *epistularum* : « Alienus fundus tibi legatus est : hunc
« hunc heres cum emere nisi infinito pretio non posset,
« emit multo pluris, quam quanti erat, qua emptione

« effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam
 « reuocarentur. quaero, cum si fundus tanti, quanti re
 « uera, emptus esset, legata non fuerant excessura ius
 « legis Falcidiae, an hoc ipso heres institutus partem
 « reuocandi a legatariis ius habeat, quod ex uoluntate
 « defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat.
 « respondit : quod amplius heres quam pretium
 « fundi legatario soluit, id lege Falcidia imputari non
 « potest, quia negligentia eius nocere legatariis non
 « debet, utpote cum is confitendo ueram aestimatio-
 « nem praestare poterat. »¹

Le *cásus* est en lui-même des plus simples. Il s'agit du cas où l'héritier a acheté à un prix démesuré à un étranger le fonds légué, pour le remettre au légataire, et où la limite de la Falcidia a été dépassée. L'héritier aura-t-il le droit de ne livrer du fonds que ce qui correspond à la valeur courante du legs? L'opinion négative est indiquée « quia negligentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is confitendo ueram aestimationem praestare poterat », ce qui veut dire que l'héritier pouvait se contenter de reconnaître sa dette, ce sur quoi un simple *arbitrium litis aestimandae* eût été organisé et l'arbitre eût recherché la vraie valeur de la chose. La condamnation ne pouvait être que du simple. En ne suivant pas cette procédure, l'héritier a commis une négligence qui le rend irrecevable à retenir quoi que ce soit sur le legs.

2) D.30 de leg. 71. § 2 (Ulp. liv. 51 ad ed.) : « In
 « pecunia legata confitenti heredi modicum tempus
 « ad solutionem dandum est nec urgendum ad sus-
 « piciendum iudicium : quod quidem tempus ex bono
 « et aequo praetorem obseruare oportebit 3. Qui
 « confitetur se quidem debere, iustam autem causam
 « adfert, cur utique praestare non possit, audiendus
 « est : ut puta si aliena res legata sit negetque domi-

1. Cf. sur ce texte, Rudorff, p. 408; Huschke, *op. cit.*, p. 260. Les interpolations signalées nous paraissent négligeables, sauf celle affirmée par Donatuti, *B. I. D. R.*, 34 (1925), 206, que nous nous refusons à admettre.

« num eam uendere uel immensum pretium eius rei
 « petere adfirmet, aut si seruum hereditarium neget
 « se debere praestare, forte patrem suum uel matrem
 « uel fratres naturales : acquissimum est enim concedi
 « ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praes-
 « tare¹. »

Huschke² interprète ce texte important. Il pense justement qu'Ulpien remarque d'abord que, dans le legs d'une somme d'argent, un délai modéré est à accorder à l'*heredi confitenti* pour le paiement du legs. Le *confessus* ici ne doit pas être contraint, dès lors qu'il ne peut pas payer, à accepter de suite le débat judiciaire (*nec arguendum ad suscipiendum iudicium*). Cette solution ne doit pas être restreinte à l'hypothèse de la *pecunia legata*, ainsi que le démontre clairement le paragraphe 3 où elle est étendue au legs du fonds appartenant à autrui, donc au legs *per damnationem* d'une *res certa*. Nous sommes bien en présence, dans ce cas, d'une action à *liliscroissance*³. Celui qui avoue qu'il doit sera écouté, s'il lui est absolument impossible d'accomplir la prestation à lui réclamée. Quant à l'impossibilité dont il s'agit, elle doit être recherchée dans l'existence d'une raison sérieuse, comme l'est l'exigence outrancière du propriétaire, quant au prix que celui-ci demande de la chose léguée, ou dans l'obstacle moral résultant d'un lien étroit de parenté entre l'héritier et l'esclave héréditaire à livrer au légataire. Il y a lieu alors à une *aestimatio officio iudicis*.

Que, dans les deux textes qui viennent d'être cités et analysés, il convienne de voir, particulièrement dans le premier (*cum is confitendo — praestare poterat*), une allusion implicite à l'existence *a contrario* d'une action au double *aduersus infitiantem*, cela semble simplement probable à Huschke qui, par ailleurs, confesse pourtant sa défiance de tout argument *a contrario*. Nous nous permettons cependant d'être plus affirmatif que cet auteur.

1. Interpolations sans intérêt pour notre sujet. Voy. *Index*, 2, col. 234. — Cf. sur ce texte et la littérature qui s'y rapporte, Giffard, *Confessio*, pp. 93-94.

2. *Op. cit.*, p. 260.

3. Giffard, *op. cit.*, p. 94.

Celui-ci n'a pas accordé aux mots « nec urgendum ad suscipiendum iudicium » du second texte, toute l'importance qu'ils méritent. Le sens de *suscipere iudicium* dans les actions à *litiscroissance* lui échappe en partie. Or, il nous est révélé par un texte fort important que nous retrouverons et étudierons plus longuement plus loin¹ et la scolie 5, sous Bas. 42.1.20, Heimb. 4, p. 207-208, sous D. 5.3. *de hered. pet.* 20 §§ 4 et 5 :

ἐπείτοιγε εἰ δ' ἂν τῇ ἰδικῇ ἐνήχθη
ἀγωγῇ, ἐξ ἀρνήσεως ἡμελλεν εἰς
τὸ διπλάσιον καταδικάζεσθαι · καὶ
δοκεῖ καὶ νῦν ἀρνεῖσθαι τὸ ὅλως
ἀναμεῖναι καὶ ὑποδεξασθαι τὴν vere
διτάτις πετιτίονα.

« Alioquin si speciali
« actione conueniretur, ex
« infitiatione condemnere-
« tur in duplum : et uide-
« tur etiam nunc infitiasi,
« quod expectet et sus-
« picial iudicium heredi-
« tatis petitionis. »

Rapprochons en effet ce texte de D.9.2.25.2 et 26 et d'autres déjà cités, par lesquels nous savons² que l'action donnée contre le *confitens* n'est pas un *iudicium* véritable et nous comprendrons que le sens de l'expression *suscipere iudicium* est, dans les actions à *litiscroissance*, celui de *infiliari*. D'où Ulpien a traduit une vérité de bon sens en disant que l'on ne devait pas contraindre l'héritier de bonne foi, disposé à reconnaître le legs et à le payer, à requérir l'organisation d'un *iudicium* de façon à pouvoir profiter d'un court délai pendant lequel il se procurerait les moyens de faire le paiement. Remarquons d'ailleurs que c'est à propos de la *pecunia legata* en premier lieu qu'Ulpien donne cette solution, par conséquent dans un cas où aucune *aestimatio* n'est nécessaire et où la *confessio certi* donne, en principe, ouverture de plein droit à la *duci iussio*. Le jurisconsulte estime qu'il ne faut pas pousser, par un traitement trop dur, l'héritier à faire une *infiliatio* et par conséquent à plaider, alors qu'il est prêt

1. Cf. ci-dessous, p. 307 et s., sur D. 5.3.20 § 5.

2. Cf. ci-dessus, p. 91, n. 2.

à avouer. Mais la solution du paragraphe 3 est elle aussi à rattacher par un lien logique au *nec urgendum ad suscipiendum iudicium* : grâce en effet au droit reconnu à l'héritier de recourir, lorsqu'il est *confessus* sur une *res certa*, à une estimation du juge et de payer cette estimation pour se libérer du legs, il n'y aura pas lieu pour lui à *suscipere iudicium* et la peine de l'*infinitio* ne devra pas être prononcée¹.

Quant à la troisième extension du legs *p. d.* (créances incertaines), elle est certainement restée sans influence sur la *litiscroissance*. Il est en effet unanimement admis², et les textes précités qui exigent tous un *certum* pour que l'action croisse au double *aduersus infitiantem* suffisent à le démontrer, que l'*actio incerti ex testamento*³ n'est pas à ranger parmi les actions à *litiscroissance*.

1. Aucun argument pour ou contre notre thèse n'est à tirer de D., 42.2.3; sur ce texte Rudorff disserte assez longuement. Cf. Rudorff, p. 409. Voy. en outre, Giffard, *Confessio*, pp. 164-165. Rudorff est d'un avis contraire, à l'opinion soutenue par nous. En vertu de sa théorie de la *damnatio* qu'il assimile en tous points à une sentence du juge, il voit dans l'*infinitio* se produisant après le *damnas esto* du testateur un véritable pourvoi en cassation analogue à celui qui intervient dans l'*a. iudicati*. Dès lors, dit-il, ce pourvoi n'a pu être étendu à tout legs *per damnationem*. Il est demeuré restreint au même domaine que celui du *iudicatum*. Or, l'objet du *iudicatum* est certainement toujours, dans la procédure formulaire, une *certa pecunia*. Ainsi, selon Gaius, 3.175 le *quod pondere numero constat* ne comprenait à l'origine que l'airain qui se pesait et se comptait. Cf. dans le même sens Bachofen, *Das Nexum, die Nexi und die Lex Pelilia*, 1843, p. 153. Plus tard il fut entendu de tous les autres objets ayant les mêmes propriétés. Mais le *certum legatum*, pour Rudorff, est un legs d'argent. Et l'auteur tire argument de ce que le *certum* dans l'aveu et dans la *condictio* a le sens de *certa pecunia*, en s'appuyant sur le texte si fameux et si douteux de D., 42.2.6. Seul le *confessus certae pecuniae* est assimilé au *iudicatus*. Nous ne reviendrons pas sur la réfutation déjà faite de cette doctrine. Il nous suffira de faire observer ici que la notion du *certum* n'est pas la même dans la *confessio in iure* et dans la matière des *condictiones*. Cette constatation a été faite par Lenel³, p. 232-233. Elle ne paraît pas d'ailleurs exempte chez lui de tout étonnement. Cf. Lenel³, p. 233, n. 1. Tout autre est le principe du *certum petetur*, dans la rubrique de l'édit, que le *certum de la confessio in iure*. Le premier comprend aussi bien la *certa res* que la *certa pecunia*.

2. Cf. en dernier Lenel³, p. 368, plus anciennement Huschke, *op. cit.*, p. 258 et s., p. 273, Wenger, *Z. Lehre v. d. act. iudic.*, p. 32; Rudorff, p. 406 à 413.

3. Cf. Lenel³, p. 368, Giffard, *Précis de droit romain*, 1, p. 459, n. 2, sur les indications de qui, il est aisé de reconstituer la formule de cette action.

§ 2. *Les transformations de l'institution
jusque dans le droit de Justinien.*

Notre action est de celles où l'altération postclassique du concept et du mécanisme de la *liliscroissance* s'est le plus fortement fait sentir. La structure changée du procès interdit de rattacher l'*infiliatio* à la délivrance de la formule, c'est-à-dire à la phase du passage de l'instance au *iudicium*, car la *lilis contestatio* est désormais placée, pour la *liliscroissance*, à la citation en justice. C'est ce que révèlent avec clarté les textes postclassiques.

Gai, *Epitome*, 2, 7, 8 : « Praeterea et in hoc alia
« fideicommissorum et legatorum conditio est, quia
« fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta
« fuerint, usurae et fructus debentur : legatorum
« uero usurae non debentur, sed ex mora solutionis,
« si per damnationem relicta fuerint, duplicantur¹. »

La comparaison de ce texte avec Gaius 2.282 fait ressortir l'évolution de l'institution. La règle de la croissance de l'action au double est conservée, mais le concept de l'*infiliatio* n'est plus du tout le même : la négation s'est transformée en un simple retard de l'héritier dans le paiement du legs (*mora solutionis*). On comprend, à la faveur de nos explications précédentes, pourquoi il en est ainsi. La *lilis contestatio* s'est en quelque sorte « extériorisée » : elle précède désormais les débats judiciaires; nous dirions, si la création de ce verbe nous était permise, qu'elle s'est « antériorisée ». Il est donc impossible, dans ces conditions, de faire reposer la notion de l'archaïque *infilias ire* sur une déclaration faite par le défendeur devant l'autorité judiciaire. D'où l'évolution du concept vers la *mora solutionis*.

1. Comp. avec *Epit.* Seld., Hänel, *L. R. W.*, p. 331 : « Praeterea fideicommissorum et legatorum alia est conditio, ut, si fideicommissa tardius, quam iussum est, soluta fuerint, usurae et fructus debentur, legatorum uero usurae non debentur, sed ex mora solutionis duplicantur. » Cf. Rotondi, *Scr. Giur.*, 2, p. 416.

Cf. en outre sur la *liliscroissance* dans le legs *per damnationem* dans le droit post-classique, l'*Interpretatio de la l. rom.*, Wisig. sous Paul, *sent.*, 1.19.1. Voy. ci-dessus, p. 110.

Nous allons retrouver la même transformation dans les sources, mais là nous apparaîtront en outre d'autres bouleversements plus graves encore.

Avant même de mettre la dernière main à la fusion des legs et des fideicommiss¹, Justinien étend, le 18 octobre 530 le bénéfice de la condamnation au double au profit des églises et des *piae causae*, sans le restreindre au *legatum per damnationem certum relictum*, en faisant par conséquent abstraction de la forme déterminée du legs (*p. d.*) et de la nature précise de l'objet (*certum*). L'altération du concept juridique de l'*infinitio* apparaît dans la règle selon laquelle l'héritier est tenu du double par cela seul qu'il ne s'exécute pas à la première réquisition de l'évêque et qu'il contraint ainsi ce dernier à s'adresser au magistrat. Tel est le but du paragraphe 7 de la constitution au C.1.3 de *episcopis et clericis*, 45 :

7 « Όπως δ' ἂν ἔτι μείζονι φόβῳ κατασχεθέντες οἱ κληρονόμοι τῶν τελευτάντων ἢ εἰ ταῖς τοιαύταις ὁλως ἀγαθαῖς πράξεσι βεβαρημένοι μὴ τὴν τούτων ποιήσιν διαναβαλλοῖντο, καὶ τοῦτο θεσπιζομεν, ὥστε, εἰ ἐνοχληθέντες παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων οἱ τούτῃς τετιμημένοι εἴτα διαναβάλλοιντο, ὥς καὶ τῆς τῶν ἀρχόντων εἰσπράξεως δεηθῆναι, τήν- καὶ μὴ μόνον αὐτοῦς ἀπλοῦν τὸ καταλελειμμένον εἰσπράττεσθαι, ἀλλὰ πάντως διπλάσιον. »

7 a Εἰ γὰρ ἐν τοῖς παλαιοῖς ἦν τινα θέματα, ἐφ' ὧν ἐξ ἀρνήσεως διπλάσια τὰ τίς καταδικῆς ἠπείγετο, πῶς οὐ κἀνταῦθα τοὺς μὴδὲ ἐκόντας ποιήσαντας, ἰλλὰ καὶ χρόνον ἀναμείναντας καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκοπων εἴτα μὴδὲ τούτοις εὐθύς εἰξάντας, δεηθέντας δὲ καὶ ἀρχικῆς ὀχλήσεως, τῇ τοῦ διπλασίου ἀπαιτήσῃ προσήκει σωφρονίζεσθαι;².

1. Cf. C. 6, 43. Comm. leg. 2 (a. 531).

2. « Quo autem maiore metu territi heredes defunctorum uel omnino ii quibus talia opera bona imposita sunt ea facere non differant, etiam hoc sancimus, ut si ita onerati interpellati a religiosissimis episcopis adhuc differant, ut uel apud praesides agi debeat, iam non solum in simplum quod relictum est, sed in duplum omnino conueniantur. 7 a. Si enim in ueteri iure quidam casus erant, in quibus ex infinitatione lis in duplum crescebat, quare non et in hoc casu eos qui non sponte faciant, sed et tempus terant et postea admoniti a religiosissimis episcopis deinde ne his quidem statim oboediant, sed ad praesidalem usque exactionem ueniant, dupli exactione castigari conuenit? »

Cette constitution ne semble pas avoir abrogé la règle ancienne de la *litiscroissance* dans le legs *p. d.* ordinaire. Aussi convient-il de se demander si c'est à elle que font allusion les *Institutiones* :

3.27.7 : « Quod ueteres quidem in his legatis locum
« habere uoluerunt, quae certa constituta per damna-
« tionem cuicumque fuerant legata : nostra autem
« constitutio¹ cum unam naturam omnibus legatis et
« fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in
« omnibus legatis et fideicommissis extendi uoluit :
« sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummo-
« do in his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis
« ecclesiis ceterisque uenerabilibus locis, quae reli-
« gionis uel pietatis intuitu honorificantur, derelicta
« sunt, quae si indebita soluantur, non repetuntur. »

Quoi qu'il en soit, la règle *lis infitiando crescit in duplum* disparaît du droit commun, emportée avec le legs *per damnationem* lui-même. La réforme se fait, nous disent les rédacteurs des *Institutiones*, dans deux sens différents, contraires l'un à l'autre, peut-on ajouter. D'une part en effet, la *litiscroissance* est étendue à tous les legs et fideicommissis et déborde ainsi hors du domaine strict de l'ancien legs *p. d.* ; de l'autre, elle devient une faveur — alors qu'elle semble n'avoir été jusque là et même dans la constitution de 530 qu'une menace destinée à écarter et, éventuellement, à punir une résistance injustifiée — concédée à certaines fondations particulièrement dignes de la sollicitude du législateur. Le but pieux, la *pia causa* nous est clairement révélée par le début du paragraphe 3.27.7 ci-dessus :

« Ex quibusdam tamen causis repeti non potest,
« quod per errorem non debitum solutum sit. sic
« namque definiuerunt ueteres : ex quibus causis
« infitiando lis crescit, ex his causis non debitum
« solutum repeti non posse, ueluti... item ex legato.
« quod ueteres... (cf. *supra*).

Ainsi ce qui a été payé par erreur, au titre d'un legs,

1. Cf. Krueger, 15^e éd., p. 42, n. 9 qui pose la question de savoir si cette constitution est C. 1.3.45.7.

aux lieux saints ne peut pas faire l'objet d'une répétition. Cette règle n'a qu'un lien très lâche avec l'ancien principe de l'exclusion de la *condictio indebiti* dans tous les cas de *litiscroissance*, nous le verrons plus loin. Visiblement elle ne procède que du désir d'enrichir les fondations religieuses, désir que Justinien affirme en maints endroits à propos du même sujet :

Institutiones, 4.6.19 : « item mixta est actio contra
« eos, qui relictis sacrosanctis ecclesiis uel aliis uene-
« rabilibus locis legati uel fideicommissi nomine dare
« distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium uoca-
« rentur : tunc etenim et ipsam rem uel pecuniam
« quae relictas est dare compelluntur et aliud tantum
« pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio. »

Le *nomine dare* est ici une survivance très nette de l'obligation issue de l'ancien legs *p. d.* On sent que les rédacteurs du fr. ont eu sous les yeux un modèle de l'époque classique à qui ils l'ont emprunté, les commentaires de Gaius très certainement, car leur rédaction et sa position sont à rapprocher de Gaius 4.9. C'est aussi, croyons-nous, dans ce dernier texte qu'ils ont puisé l'idée de la *res-simplum* et de la *poena-duplum*¹.

Inst. 4.16.1 : « At aduersus infitiantes ex quibusdam
« causis dupli uel tripli actio constituitur, ueluti si
« damni iniuriae aut legatorum locis uenerabilibus
« relictorum nomine agitur. »

Inst. 4.6.23 : « In duplum agimus ueluti... item ex
« legato, quod uenerabilibus locis relictum est, secun-
« dum ea quae supra diximus. »

Et enfin un dernier fr. très intéressant, qui met plus clairement encore en relief les transformations subies à l'époque postclassique par l'institution de la *litiscroissance* et les résume toutes :

Inst. 4.6.26 : « Sed illa, quae de his competit, quae
« relictas uenerabilibus locis sunt, non solum infitia-
« tione duplicatur, sed et si distulerit relictas solutio-

1. Cette constatation exige d'autres développements qui seront fournis plus loin. Cf. notre troisième partie sur les actions mixtes.

« nem, usque quo iussu magistratum nostrorum
 « conueniatur, in confitemem uero et antequam iussu
 « magistratum conueniatur soluentem simpli reddi-
 « tur. »

Ce texte est beaucoup plus précis que les précédents. Il nous permet de conclure que les compilateurs ont encore une idée nette et vraie de l'*infitiatio* qu'ils distinguent de la *mora solutionis*. Mais cela n'est plus qu'un reflet, une suprême lueur des ouvrages classiques que Tribonien et ses compagnons ont dû se remettre en mémoire. En réalité l'institution est bien morte. Une autre, nouvelle, la remplace. Il ne suffit pas désormais que l'héritier reconnaisse le legs : il faut encore qu'il n'ait pas attendu le *iussus* des magistrats. Qu'est-ce à dire ?

Il faudrait, pour le rechercher, entreprendre une autre étude que celle-ci et qui, sans doute, nous conduirait fort loin. D'une part, en effet, nous savons par la constitution au C.1.3.45 § 7 que la *mora solutionis* est rattachée à la première demande de l'évêque et à la *conuentio*, de l'autre, nous apprenons qu'à cette même phase de l'ouverture de l'instance, il existe un *iussus magistratum*. Ce *iussus* fait songer aux anciennes action arbitraires. On voit de suite le rapprochement qui s'impose avec l'idée que nous avons déjà notée précédemment¹. La peine du double, conséquence du *iussus* du magistrat, nous apparaît comme la sanction de la *calumnia* du défendeur et celle-ci offre une analogie frappante avec la *procacia* du vendeur dans l'hypothèse de C.4.49.4. Dans les deux cas l'*officium iudicis*, le *iussus magistratum* interviennent pareillement, le magistrat fait peser sur la volonté du défendeur une menace soit par la *taxatio* que nous avons comparée à une astreinte, soit par l'éventualité d'une condamnation au double qui suivra l'ordre adressé à l'héritier. On devine, sous l'apparence isolée de ces hypothèses, l'existence d'une institution beaucoup plus générale, dont les ramifications, par la répression de la *calumnia* dans les *iudicia priuata*, ont

1. Cf., p. 80, n. 1 *in fine*.

envahi tout le droit. Le champ des recherches est ouvert de ce côté. Nous ne faisons qu'apporter une confirmation partielle à une idée émise par M. le professeur Giffard et dont la vérification demande à elle seule un livre entier. L'avenir sans doute nous dira ce qu'il convient de retenir de cette conjecture.

CHAPITRE VI

L'INFITIATIO DANS L'ACTIO DEPOSITI MISERABILIS

Ce cas n'est pas le moins intéressant de tous. Il nous offre l'exemple d'une très ancienne action au double. La loi des Douze Tables donnait une telle action contre le dépositaire :

Paul (Collatio 10.7.11) : « Ex causa depositi lege
« XII tab. in duplum actio datur¹. »

Il est certain que cette vieille action de dépôt n'est pas passée dans l'*album*², Paul ajoutant :

Collatio eod. loc. « edicto praetoris in simplum. »

Ainsi, à l'époque classique, la violation de la promesse de restitution du dépôt n'était plus punie du double. Elle ne l'était plus, à vrai dire, que dans le cas unique du dépôt nécessaire qualifié *depositum miserabile* par les commentateurs. Mais chose curieuse, elle tendit à être de nouveau réprimée par une action au double sous Justinien, ainsi que nous le verrons dans la suite de ce chapitre.

L'évolution de la sanction juridique du dépôt offre par conséquent l'exemple d'une action au double au temps des Douze Tables et des actions de la loi, au simple à l'époque classique, sauf le cas du dépôt nécessaire, et ayant tendance enfin à redevenir au double à dater de Justinien.

La question que nous devons nous poser est la suivante : Faut-il ranger l'action du dépôt nécessaire, bien qu'elle ne figure dans aucune des listes fondamentales transmises par Gaius (4.9 et 171) et par Paul (Sent. 1.19.1.), parmi les

1. Cf. Bruns, I, p. 33.

2. Cf. Lenel, p. 290 : « Nicht in Album proponiert dürfte die alte actio civilis ex causa depositi gewesen sein, von der Coll. X.7, § 11 meldet... » Voy. en outre, n. 7.

actions à *litiscroissance*? La règle *lis infititando crescit in duplum* lui a-t-elle été appliquée à un moment quelconque dans le cours de l'évolution ci-dessus résumée? Si oui, à quelle époque en fut-il ainsi? Quelles furent enfin les destinées de cette action au double *aduersus infitiantem*?

La réponse à faire à ce problème est sujet à controverses. Sans doute ni Gaius ni l'auteur des *Sententiae Receptae* ne font-ils expressément mention de l'*a. depositi miserabilis* dans les listes qu'ils donnent des actions à *litiscroissance*. Mais d'autres textes assez nombreux parlent de l'*infitiatio*, dans un sens à vrai dire un peu large, à propos du dépôt. Dans les compilations de Justinien enfin la règle de la croissance de l'action au double nous est expressément attestée au moins pour le dépôt nécessaire. Et il n'est pas jusqu'aux textes littéraires qui fassent si souvent allusion à l'*infitiatio depositi* que les latinistes modernes traduisent fréquemment *infitiari* par « nier un dépôt. »

On conçoit ici qu'à défaut de certitude rigoureuse sur le point à résoudre, les textes, en premier lieu, et les opinions des auteurs en second rang, sont essentiels à connaître. Nous mettrons donc d'abord les sources principales sous les yeux de nos lecteurs. Dans une seconde partie, nous exposerons les solutions apportées jusqu'ici au problème et nous terminerons en tentant de donner, comme nous l'avons toujours fait, quelques vues personnelles sur la question.

§ I. Les sources.

Les sources juridiques appartiennent toutes aux compilations de Justinien. Parmi elles la première place doit être donnée aux *institutiones* dans lesquelles nous trouvons les deux textes les plus importants de la matière. Ils paraissent malheureusement en contradiction l'un avec l'autre.

Inst. 4.6. de act. 17 : « plane si depositi agetur eo
« nomine, quod tumultus incendii ruinae naufragii

1. Cf. *Inst. Just.*, 4.6.19 : « Ui bonorum raptorum actio mixta est... » D., 11 3 de *seruo corrupto*, 5, § 2.

« causa depositum sit, in duplum actionem praetor
 « reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit
 « aut cum herede eius ex dolo ipsius agitur : quo casu
 « mixta est actio. »

Il semble bien résulter de ce texte que l'action du dépôt nécessaire était au double dès le principe. On ne doit pas, en effet conclure de la qualification d'*actio mixta* qui lui est donnée que cette action croissait au double *aduersus infitiantem*, car certaines actions, telle par exemple l'*a. ui. bon. rapt.*, a la même qualité¹ dans les *Institutiones* et n'est certainement pas parmi les actions à *litis*croissance. Au contraire les commissaires de Justinien donnent clairement l'action comme étant au double, sans faire le moins du monde allusion à une action au simple *aduersus confitentem*.

Par ailleurs les mêmes personnages un peu plus loin font aussi nettement application de la règle *lis infitiando... au depositum*, sans d'ailleurs préciser davantage la nature de ce dernier¹ :

Inst. 4. 6.26 : « at illae, id est damni iniuriae ex lege
 « Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplican-
 « tur, in confitentem autem in simplum dantur. »

A la réflexion la contradiction entre ces deux textes n'apparaît pas irréductible. On doit supposer en effet que, dans le premier, les rédacteurs ont entendu faire simplement mention de l'action au double et qu'ils ont précisé le fonctionnement de l'institution au paragraphe 26 suivant. Cette explication nous semble parfaitement admissible. Aussi bien la position du second texte marque-t-elle une opposition entre les actions qui, comme l'*a. furti manifesti* et l'*a. serui corrupti*, sont au double dès le début et celles qui *infitiatio*ne *duplicantur*².

Mais la contradiction reparaît en face du texte de l'édit du prêteur que nous ont conservé les compilateurs :

D. 16.3. depositi uel contra I. 1. (Ulp. liv. 30 ad ed.) :
 « Praetor ait : « Quod neque tumultus neque incendii
 « neque ruinae neque naufragii causa depositum sit,

1. Cf. *Inst.*, 4.6.17 : « ueluti... depositi... »

2. Cf. le début de *Inst.*, 4.6.26.

« in simplum, earum autem rerum, quae supra compre-
 « hensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius,
 « quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus
 « sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium
 « dabo¹. »

Aucune allusion à l'*infitiatio* n'est faite ici : la condamnation au double est rattachée au *dolus malus* de l'héritier du dépositaire. Quant au dépositaire lui-même, il semble que l'action soit toujours donnée contre lui au double, dans l'hypothèse du *depositum necessarium*, sans qu'il soit question de distinguer l'éventualité d'une *confessio* ayant pour résultat de réduire la condamnation au simple.

L'embarras doit donc être grand, d'autant plus que par ailleurs les compilateurs emploient fréquemment le terme *infitiatio* ou le verbe *infitiari* à propos du dépôt.

D. 16.3.13 : si quis *infiliatus sit* non aduersus domi-
 « num, sed quod eum qui rem depositam petebat
 « uerum procuratorem non putaret... nihil dolo malo
 « facit : postea autem si cognouerit, cum eo agi poterit,
 « quoniam nunc incipit dolo malo facere, si rederre
 « eam non uult. »

D. 47.2. de furtis 68, Cels. liv. 12 digestorum : *infi-
 « titiando depositum nemo facit furtum... »*

D. 41.2 de adq. uel ammitt. poss. 3. § 18 Paul, liv. 54
 « ad ed. : « Si rem apud te depositam furti faciendi
 « causa contrectaueris, desino possidere, sed si eam
 « loco non moueris et *infitiandi animum* habeas... »

D. 47.2. de furtis I. §. 2 Paul, liv. 39 ad ed. « Sic is,
 « qui depositum *abnegat*... »

Il serait sans doute facile de multiplier ces citations. Les sources non juridiques par ailleurs permettent de faire de même. Par exemple :

Quintil. Declam. 245 : « Infitiari est depositum nolle
 « soluere ».

L'*infitiatio* est ici rapportée au refus de restituer le dépôt.

1. Sur ce texte, cf. Lenel³, p. 288. Pour Betti, *Litis aestimatio*, 2, 18 *depositum* < erit, si id restitutum non >.

On conçoit donc l'importance de l'*infinitio* dans la matière du dépôt.

Iuuenal 13.60 : « Si depositum non infitietur amicus. »

En présence de tous ces témoignages, il est donc de la plus haute importance de rechercher quels étaient les effets de l'*infinitio* dans la *causa depositi*. Les avis sont, on va le voir, partagés sur ce point, bien qu'il semble que les auteurs du dernier siècle aient une tendance à exclure l'action de dépôt, malgré les Inst. 4.6.26, de la liste des actions à *litiscroissance*.

§ 2. Les doctrines.

Il ne convient pas de s'arrêter à l'opinion des anciens auteurs qui, comme Cujas notamment¹, voulaient lire le mot *depositi* dans Paul, Sent. 1.19.1. à la place du mot *depensi*.

Huschke déjà s'élevait contre cette lecture² qui est devenue tout à fait insoutenable depuis la découverte des *Institutes* de Gaïus qui permettent d'affirmer que l'*actio depensi* croissait bien au double *aduersus infinitantem*. Cet auteur excluait l'*actio depositi* des cas de *litiscroissance*, puisque d'une part, elle était *incerta* et que, de l'autre, elle n'avait pas pour fondement un acte public et manifeste. On sait que ce sont là, en effet, les deux conditions, selon Huschke, de la *litiscroissance*.

Au sujet du dépôt nécessaire, d'ailleurs, Schulting³ avait remarqué que, d'après l'édit du prêteur, notre action n'était pas de celles qui croissaient au double à raison de la négation, car elle était au double dès le principe. Mais il admettait que la condamnation au double avait été plus tard limitée au cas de la négation du dépôt nécessaire.

Huschke combattait cette dernière opinion. Il jugeait qu'il était inutile d'expliquer ainsi cette institution, car il

1. Cf. sur ce point Huschke, *Zum vierten Buch d. Gaius*, p. 276, n. 39 et Rudorff, *op. cit.*, p. 457.

2. Voy. note précédente.

3. Cité par Huschke, *ibid.*

pensait que l'a. de dépôt était arbitraire, le dépositaire n'étant tenu, disait-il, qu'à raison du refus opposé par lui *dolo malo* à l'*arbitratus iudicis*. Dans l'action du dépôt soutenait-il, *infiliari* a le sens de ne pas vouloir satisfaire le demandeur. Ainsi le défendeur commettait un dol, car là où une obligation est publiquement constatée — et Huschke paraît admettre que l'*arbitratus iudicis* consacrait publiquement l'obligation de restituer du défendeur — on ne pouvait nier sans faire un dol. C'est en ce sens qu'il faudrait entendre Gaius 4.21 *dolo malo non soluisti*. Ainsi Justinien pouvait dire que l'a. *depositi* croissait au double, sans qu'elle fût en réalité au double dès le début¹. Cette action était absolument semblable à l'a. *depositi miserabilis* et cependant personne n'a dit que, pour elle, *lis infitiando crescat in duplum* dans le sens ancien de cette expression. Il en était de même pour l'action du dépôt nécessaire. Justinien s'est contenté d'exprimer en gros, en ce qui la concernait, une ressemblance avec l'a. *legis Aquiliae*, ressemblance qui consistait à croître au double à la suite d'une résistance perfide du défendeur. Mais d'importantes différences demeuraient entre la notion de l'*infitiatio* dans les *actiones certae* (*litiscroissance*) et le dol qui, dans l'a. *depositi*, avait pour conséquence une condamnation au double :

1. Dans les premières, l'*infitiatio* ne pouvait se produire que jusqu'à la *litis contestatio*; au contraire, dans l'action de dépôt, le défendeur devait, pour encourir la condamnation au double, avoir refusé jusqu'à la décision finale du juge de satisfaire le demandeur.

2. Lorsque l'héritier d'un *iudicatus*, parce qu'il ne croyait pas qu'un jugement régulier avait été rendu contre son auteur, en venait à plaider, il était anciennement toujours condamné au double; mais si c'était l'héritier du dépositaire qui ne croyait pas que le dépôt avait été effectué entre les mains de son auteur, il n'était condamné qu'au simple², car aucun dol ne pouvait lui être reproché.

3. Le dépositaire infidèle, qui avait vendu la chose et le

1. Inst. 4.6.26.

2. Cf. Huschke, *op. cit.*, p. 279.

reconnaissait *in iure*, encourait une condamnation au double, car il était *in dolo*, tandis que l'héritier, s'il reconnaissait sa dette née d'un legs par *damnationem* et avait consommé les choses trouvées par lui dans l'hérédité, était seulement condamné au simple.

Rudorff a étudié¹ d'une façon plus détaillée encore l'*infiliatio* dans l'action du dépôt nécessaire. Il cite d'abord les textes qui assimilent cette *a.* dans certains cas à l'*a. leg. Aq.* et permettent de les ranger toutes deux parmi celles qui croissaient au double à raison de la négation². Pour admettre cette opinion, dit-il, il faut commencer par écarter un autre texte des *Inst.* (4.6.17 ci-dessus), duquel il résulte que l'action du dépôt nécessaire était dès l'origine du procès conçue au double. L'exactitude de ce dernier point de vue est par-dessus tout établie par les termes — qui nous ont été intégralement conservés — de l'édit du prêteur. Il ressort, en effet, de cet édit que *infiliari* dans le texte des *Inst.* 4.6.26 ne peut être pris que dans le sens d'un refus perfide de restituer le bien confié, sens d'ailleurs plus fréquent que celui de dénégation judiciaire³. Puisque la condamnation ne se produisait que si le dépositaire n'avait pas encore restitué au moment du jugement final on a pu dire que l'action croissait au double, en raison de l'*infiliatio*, ce qui ne se produisait jamais pour l'*a. furti*. C'est à cette différence avec les *a. furti nec manifesti et servi corrupti* que les rédacteurs des *Inst.* se sont attachés dans la classification des actions à laquelle ils ont procédé. Cela résulte aussi du paragraphe suivant où l'*a. quod melius causa* et l'*a. furti manifesti* sont distinguées selon le même principe. Alors que, dans la première de ces deux actions, la condamnation au quadruple est la conséquence immédiate d'un refus persistant de restituer le bien extorqué, dans l'*a. furti*, cette même condamnation ne peut jamais être évitée par une restitution. Au contraire la distinction de l'*a. depositi* au double et des actions

1. Cf. *op. cit.*, p. 457 à 463.

2. Ci-dessus, p. 160.

3. Voy. ci-dessus, p. 161.

qui croissaient au double par une négation purement verbale faite *in iure* n'était pas du tout dans le plan des rédacteurs. Rien ne peut par conséquent être plus inexact que de vouloir déduire que, dans le dépôt nécessaire, la *condictio indebiti* et la transaction étaient interdites — ce qui pour Rudorff constitue le critère de la *liliscroissance* — et que l'*infiliatio* consistait en une négation orale faite devant le magistrat de la réception du dépôt.

Citant le texte de Paul où figure la relation de la sanction du dépôt dans la loi des Douze Tables, Rudorff critique l'opinion de Sell¹, reprenant celle de Puchta², selon laquelle le *depositum* aurait été contracté dans l'ancien droit par *nexum et mancipatio* devant cinq témoins représentant le peuple romain, ce qui expliquerait la condamnation au double de cette lointaine époque. Mais, soutiennent Sell et Puchta, ce mode de réaliser le dépôt avait l'inconvénient de faire perdre au déposant son droit de propriété; d'où l'a. de dépôt créée plus tard par le prêteur pour remplacer la *fiducie*. A cette explication de la *liliscroissance*, Rudorff oppose les arguments suivants :

1. L'action prétorienne au double aurait dû être conforme à l'ancienne action civile et être donnée au double dans tous les cas de dépôt, alors qu'il n'en était ainsi que pour le dépôt nécessaire.

2. Le double de l'édit et celui de la loi des Douze Tables ne se calculaient pas de la même façon³. D'après les Douze Tables, seul le *uerum rei pretium* devait être doublé, comme dans l'*a. rationibus distrahendis*⁴. C'était là une manière grossière d'évaluer l'intéresse du demandeur, en pensant peut-être aussi que le dépositaire, comme le tuteur infidèle, méritait une peine. L'action prétorienne au contraire portait sur l'intérêt réel, de la même façon que l'*a. tutelae*, et c'est ce plein intérêt qui était doublé. Au temps de Paul, d'ailleurs, dit Rudorff, l'action de dépôt des Douze Tables

1. Cf. *op. cit.*, § 9.

2. *Lehrbuch für Institutionenvorlesungen*, 1829, p. 36-37.

3. Cf. pour plus de détails; Huschke, *op. cit.*, p. 276-277, n. 40.

4. D. 27.3. de tut. et rat. distr. 1 § 20.

était certainement encore en vigueur dans la limite fixée par l'action prétorienne, comme l'est encore sous Justinien l'*a. rationibus distrahendis*.

De tout cela Rudorff conclut que l'*a. depositi* au double n'était pas une action à *liliscroissance*, mais une action qui, dès le début, était au double¹, en ajoutant que l'action de dépôt des Douze Tables n'est pas à rattacher à la prescription « cum nexum faciet mancipiumque » et à sa pénalité contre l'*infitalio*. L'intention de la loi était, dit-il, de punir dans certains cas particuliers l'outrage à la bonne foi et au crédit. On considérerait comme tels de tout temps la négation d'un dépôt, la soustraction des biens d'un pupille, le manque de véracité dans une réunion populaire et publique ou devant ses représentants².

Pour Rotondi³, qui s'est lui aussi occupé de la question beaucoup plus récemment, les *Insl.* 4.6.26 pèchent par un excès de schématisme. Ce témoignage isolé et presque sans importance dans le *Corpus Iuris* a trouvé un écho beaucoup plus important dans les sources plus récentes. Si les juristes postérieurs de peu à Justinien s'en montrent étonnés⁴, nous le voyons reproduit en Occident dans le *Brachilogus* 4.23.3 :

« ... duplum in actione furti nec manifesti, serui
« corrupti, et in actione depositi ex incendio ruina
« naufragio, si infitietur;

4.23.10 : « ...praeter actionem depositi quae com-
« petit eo nomine quod depositum sit tumultus incen-
« dii ruinae naufragii causa contra infitiantem. »

et l'*Ecloga priuata aucta* 12, § 1⁵ : ἐξ ἀρνήσεως καὶ ἀγνωμοσύνης.

Mais la confusion engendrée sur ce point se révèle également dans le fait que d'autres sources byzantines for-

1. *Op. cit.*, p. 462.

2. Cic. pro Rosc. com. c. 6 : « Si qua enim sunt priuata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt: fiduciae, tutelae societatis. Aequae enim perfidicium et nefarium est, fidem frangere quae continet uitam et pupillus fraudare qui in tutelae peruenit et socium fallere, qui se in negotio coniunxit ».

3. *Cf. Scrit. Giur.* 2, p. 417 et s.

4. *Cf. sc.* 3 sous D. 16.3.1 § 1, Enantioph.

5. Zachariae, *Ius. gr. rom.* 4.34.

mulent la règle d'une façon différente : soit que, comme le scoliaste de Théophile, 4.6.17 :

σήμερον δὲ ἐπὶ πάσης παρακαταθήκης
καὶ ἐπὶ πάσης δόσεως, εἰ μέχρι τέλους
ἀρνεῖσθαι τὸ λαβεῖν ἐλεγχθῇ, εἰς
τὸ διπλοῦν καταδικάζεται

« hodie autem in omni
« deposito et in omni da-
« tione, si usque ad finem
« negare acceptum conuic-
« tus fuerit, in duplum con-
« demnatur¹. »

ou l'*Ecloga ad Proch. mulata* 13.6² :

πᾶσα παρακαταθήκη ἐξ ἀρνήσεως
διπλασιάζεται

« omne depositum ex
« infitiatione duplatur. »

ou comme l'*Epanagoge aucla* 24.14³ :

εἰ τις δεξάμενος παρακαταθήκην
ἀρνήσεται αὐτῇν... διπλὴν ταύτην
ἀποδοῖσει.

« si quis cum depo-
« situm accepisset negau-
« erit... duplum ipsum
« reddet »;

elles affirment que l'*a. depositi* était doublée en raison de l'*infiliatio* dans tous les cas et non pas seulement dans celui du dépôt nécessaire; soit que, comme le libelle de *actio-nibus*, paragraphe 21⁴

ἐπὶ παραθήκην τὴν depositi
ἀγωγὴν περὶ παραθήκην, ἥτις ἀπὸ
δόλου διπλασιάζεται.

« ex deposito actionem
« depositi, quae ex dolo
« duplatur... »

elles révèlent que l'*a. depositi* croissait non *infiliatione*, mais par le dol du défendeur; soit enfin que comme Psell. Synops. 810.

διπλὴν δ' ἔχουσιν εἴσπραξιν ἢ
τοῦ Ἀκουιλίου — ἢ ἀφανὴς ἀφαίρε-

« duplam habent repeti-
« tionem (actio) legis Aquil-

1. Reitz, 2.806.

2. Zach. 4.97.

3. Zachariae, 4.278.

4 Zachariae, ZS., 1893, p.88 et s.

σις, ἡ παρακαταθήκη.

« liae, furtum non mani-
« festum, depositum ».

elles énoncent sans plus le *duplum de l'a deposili*.

Il faut remarquer, selon Rotondi, que les deux premières tendances trouvent leur aboutissement dans le dernier texte c'est-à-dire dans la généralisation de la condamnation *in duplum* de l'*a. deposili* et qu'elles ont des racines dans les coutumes héléno-orientales¹.

Quant à l'explication de ces affirmations formellement discordantes, elle se trouve pour l'auteur dans la dégénérescence du concept de l'*infiliatio*. Un indice aussi clair que certain de cette déformation est fourni par l'altération du sens même de ce mot. La valeur originaire et étymologique *negare, non confessare*, s'est peu à peu intensifiée et colorée, pour ainsi dire, en prenant le sens de « refus dolosif, mal-honnêteté, tromperie, perfidie, etc... » Et Rotondi en vient à citer, en guise d'exemples, des textes de Cicéron, Sénèque, Prudence, Isidore et Festus et d'autres, que nous retrouvons plus loin. En présence d'un sens aussi large, désormais non technique de l'*infiliatio*, on sent diminuer, dit-il, l'étonnement de voir que les compilateurs ont englobé dans cette conception soit le cas du legs aux *loci uenerabili*, soit celui du dépôt. On cessera même de s'étonner en constatant que, même dans le cas de l'*a. leg. Ag.*, le régime de la *litis-croissance* a fini par s'altérer, ainsi que l'auteur se propose de le démontrer à la suite².

La dernière opinion à laquelle nous devons accorder ici toute la haute importance qu'elle mérite est celle de Lenel³. Pour l'éminent romaniste, l'assertion des *Institutiones* de Justinien, selon laquelle l'*a.* du dépôt nécessaire était de celles qui croissaient au double, est inconciliable avec les termes de l'édit. D'autre part, Lenel réfute puissamment la théorie qui, selon Huschke, fait de notre action une

1. Cf., p. 419.

2. Voy. ci-dessus, pp. 114 et ss.

3. *Edictum*, p. 289, n. 8.

action arbitraire¹. Il ne paraît pas possible de pouvoir passer outre à ces critiques.

§ 3. — *Conclusions.*

Il n'existait, à l'époque des Douze Tables, aucune obligation contractuelle encore. Il est plus certain que le fait de confier à un parent ou à un ami une chose pour la garder, sans faire une aliénation fiduciaire, n'était pas regardé comme un contrat. D'autre part, le caractère infâmant des *actiones fiduciae et depositi directae*, dans le droit postérieur, révèlent que la sanction de la non-restitution de la chose confiée en dépôt était anciennement prononcée dans le cadre de la gens². Enfin ce n'est pas à l'*actio depositi* elle-même que doit être rapportée l'allusion, faite par l'auteur de la *Collatio*, citant Paul, liv. 2 des *Sententiae Receptae* sous le titre de *deposito*, à *die alte actio ciuilis ex causa depositi*³, car l'*actio depositi* semble encore inconnue au temps de César, en l'an 709, où la loi *Julia municipalis* ne fait pas mention d'elle parmi les actions infamantes⁴ et l'est certainement au temps des Douze Tables. Le témoignage des *Sententiae* et de la *Collatio* sur l'*actio ex causa depositi* est donc pour les Douze Tables inexact : on doit entendre le fragment comme une interprétation d'une disposition de cette archaïque législation n'ayant qu'un rapport assez lâche avec l'institution postérieure du dépôt. Quelle était cette action au double *ex causa depositi*?

Pour le rechercher, il faut, pensons-nous, se demander de quelle façon pouvait se réaliser, au temps des *decemvirs*, un dépôt, étant bien entendu que ni le contrat de dépôt ni l'action de dépôt n'étaient alors connus. On ne peut le concevoir que de deux façons : ou le propriétaire d'une chose remettait tout simplement celle-ci à une personne de confiance et, ne se dessaisissant pas de son droit de propriété, il était très suffisamment protégé par la *rei vindictio*, l'*actio ad exhi-*

1. *Editum*³, p. 288, n. 12.

2. Cf. Giffard, *Cours* 1933, p. 137.

3. Lenel², p. 290.

4. Cf. Girard, *Man.*, p. 561. *L. Julia Mun.*, Bruns, I, p. 108, alin. III.

bendum, l'*actio furti*, etc...¹; il ne pouvait s'agir alors que d'un pur fait sans conséquences juridiques; notre *actio ex causa depositi* ne peut se rapporter à cette hypothèse : ou l'on procédait par la voie d'une *mancipatio fiduciae causa*, mais alors la convention de « fiducie » devenait une « *lex mancipii*, » car elle était adjointe à la « *mancipatio* » et l'on doit placer ici l'application de la règle des Douze Tables rapportée par Cicéron, *De Off.* 3.16.65 :

« quae essent lingua nuncupata, quae qui infitia-
tus esset, dupli poenam subiret... »

De fait, l'auteur de la *Collatio*, citant Paul, nous atteste expressément l'exactitude de nos déductions :

« Ex causa depositi lege duodecim tabularum in du-
plum actio datur... »

L'action au double était donc une *legis actio fiduciae*², donnée dans le cas où la *fiducie* avait été conclue par le moyen d'une *mancipatio*. Il est donc inexact que, comme on l'écrit généralement, la convention de *fiducie* n'ait, pendant longtemps, donné naissance à aucune action en exécution³.

1. Cf. sur ce point, et au sujet du dépôt fait entre les mains de l'esclave d'autrui, Lenel³, p. 294-295.

2. Voy. Lenel³, p. 293 et n. 6 où l'on trouvera la littérature indiquée sur la question de la clause « *uti ne propter te fidemue tuam captus fraudatus sim* » relative à la *fiducia cum seruo contracta*, que Lenel place dans une *legis actio fiduciae* avant qu'elle fut transportée dans l'action adjectice utilisée en pareille circonstance. Cf. Lenel³, p. 295. Pernice, *Labeo* 3¹, p. 122, admet aussi une *legis actio fiduciae*. Voy. ci-dessous, n. 3. Mais il ne lui semble pas vraisemblable que les Douze Tables aient pu contenir une disposition expresse sur cette action. C'est aussi ce que nous pensons, car il nous paraît probable que le fragment ci-dessus de la *Collatio* ne fait que reproduire une application d'espèce de la règle beaucoup plus générale de Cic. *de Off.*, 3.16.65. Une disposition particulière dans la législation des *decemvirs* sur une *legis actio fiduciae* était inutile étant donné cela.

3. C'est là l'opinion de M. Jacquelin, *De la fiducie*, thèse, Paris, 1891, p. 115 et s., de Girard, *Man.*, p. 556 et n. 4, et de nombreux auteurs. Cf. en sens contraire, Pernice, *Labeo*, 3.1., p. 122 qui repousse l'idée que le *pactum fiduciae* aurait été reconnu légalement, mais admet une *legis actio* fondée sur la sanction légale ordinaire de l'acte formel et donne à l'appui de cette opinion deux excellentes raisons. Il pense notamment que la pratique la plus ancienne avait institué une *legis actio* sanctionnant le *pactum fiduciae* pour le cas où une *mancipatio nummo uno* était faite avec déclaration expresse de sa nature fiduciaire. M. Lenel, p. 293, *ZS*, 30 (1909), p. 436 écrit : « Für die fiducia ist die Existenz einer legis actio durch ein meines Erachtens sicheres Zeugnis (Cicero *de Off.*, 3.17.70) nachweisbar, das sehr mit Unrecht von manchen Schriftstellern hinweggedeutet wird. » La thèse de M. Georgesco, *Essai d'une théorie générale des leges priuatae*, Paris, 1932,

Il nous paraît certain au contraire que l'*actio ex causa depositi in duplum* de la *Collatio* ne peut être que l'ancienne *legis actio fiduciae* qui n'était autre que la sanction — d'ordre beaucoup plus pénal, il est vrai, qu'une simple action en exécution d'une convention — de l'*infiliatio* faite sur la clause fiduciaire contenue dans une mancipation (*lex mancipii*). De toutes façons d'ailleurs, cette *legis actio* tendait à l'exécution de la convention.

Nous saisissons par ailleurs ici sur le vif toute la différence qui existe entre l'action primitive au double donnée en raison de l'*infiliatio* d'une *lex mancipii* et l'action, plus tardivement apparue, qui devait croître au double *aduersus infilientem*. La première est en effet au double dans son principe même : le défendeur ne peut que s'exécuter ; s'il plaide, il est condamné au double dans tous les cas quand il est reconnu que la demande est fondée. Dans la seconde,

offrirait peut-être un moyen de conciliation. L'évolution retracée de la *lex rei suae dicta*, dont la *lex fiduciae* serait la transition vers la *lex* à contenu obligatoire et les *negotia bonae fidei*, permettrait de comprendre que le *pactum fiduciae* ait acquis une certaine indépendance, ainsi que l'écrit M. Georgesco, et ait fini par constituer un *negotium bonae fidei*. La *lex fiduciae*, dit M. Georgesco (p. 152) est une *lex rei suae dicta*, mais elle aboutit à un *facere* de la part du *mancipio accipiens*. Cf. aussi, p. 42 : « Le caractère accessoire de la *lex* s'accuse dans les *negotia bonae fidei*. La *lex priuata* devient un acte créateur d'obligations. Elle avait commencé à l'être sous la forme de la *lex fiduciae*.

En tous cas, aucun argument contraire à notre opinion ne peut être tiré des objections de Rudorff exposées pp. 165 et ss. D'une part, en effet, la première est sans portée. L'*actio ex causa depositi in duplum* des Douze Tables qui, croyons-nous, doit être identifiée avec la *legis actio fiduciae* au moins dans un cas, n'a rien de commun avec l'*actio depositi* véritable. L'une est une action purement pénale, analogue à l'*actio de modo agri* ; l'autre est une action de bonne foi. L'action du dépôt nécessaire elle-même est tout autre chose que l'ancienne action des Douze Tables. Voy. au texte. Ainsi s'explique la différence des modes de calcul du double de l'édit et de celui des Douze Tables. Nous savons d'ailleurs que le critère du *uerum rei pretium* représente le type le plus ancien d'évaluation de l'intérêt.

Il nous est impossible de pousser plus loin cette étude. Seule nous intéresse ici la mancipation fiduciaire dans les cas où elle servait à réaliser un dépôt. En pareille hypothèse, il nous semble incontestable que la disposition des Douze Tables, selon laquelle la négation des *uerba nuncupata* était réprimée au double, recevait application, si le *mancipio accipiens* reniait par la suite la convention de *fiducie*. Cela n'est pas une pure hypothèse, car c'est le seul moyen de comprendre l'*actio in duplum ex causa depositi* du passage de la *Collatio*. Il est impossible de le méconnaître. Quant à la sanction générale de la *fiducie* dans l'ancien droit hors le cas de la mancipation fiduciaire, il n'entre pas dans notre sujet de l'étudier.

deux éventualités distinctes sont à envisager; une action au simple existe, *aduersus confitentem*, et la condamnation au double ne sera encourue que par l'*infilians*; on sent que la théorie de l'*infiliatio* s'est précisée dans l'intervalle du développement historique qui s'est accompli avant l'apparition de la deuxième action, et nous essaierons de la dégager dans une partie dernière de ce livre. Il convient seulement d'appeler l'attention sur une vérification directe et importante de la vérité de cette évolution historique. La meilleure preuve en effet que le concept ancien de l'*infiliatio* ne doit pas être confondu avec celui plus récent de la *liliscroissance*, c'est que l'action au double dès le début de l'instance *ex causa deposili* (*fiduciae*) **n'est pas, dans le droit postérieur, devenue une action croissant au double « aduersus infitiantem »**¹. Il nous suffit sur ce point de renvoyer

1. Que faut-il retenir de la dissertation suivante du Pseudo-Quintilien, à laquelle il est impossible de donner une date même approximative :

« CCXLV (Depositum infitiator). Qui depositum infitiatus fuerit, quae
 « druplum soluatur. Qui filium luxuriosum relinquebat, pecuniam apud
 « amicum deposuit et mandauit ut redderet emendato, pet(i)t adules-
 « cens pecuniam (adhuc luxurians, ille infitiatus est et iudicio cum
 « adulescens contenderet uicit. Postea frugifactor partem depositi obtulit.)
 « ille quadruplum petit. *Sermo...* *Declamatio*. Depositum, qui infitiatus
 « fuerit, quadruplum soluatur. *Infitari est depositum nolle soluere itaque*
 « ne actio quidem haec dari potest, nisi aduersus eum, qui damnatus
 « fuerit. eo(dem) enim tempore quaeratur necesse est, an habeat pecu-
 « niam et an infitietur : neque omnino quadruplum soluere debet, nisi
 « simul (simplicem summam se debere) conuictus. Quare si hanc tan-
 « tum negasset aliquando et postea obtulisset, non tamen poterat
 « uideri quadruplo obligatus, cum hoc ipsum quadruplum cum ea
 « summa abnuerit, quae nega(ba)tur. Quid si et absolutus est hoc
 « iudicio, cum in quadruplum damnari poterat ? neque enim ideo debet
 « quadruplum soluere, quia potuit ne simplicem quidem soluere. si
 « ipsam pecuniam, quae a patre tuo apud amicum (deposita est, repetere)
 « uelles, non liceret tamen tibi rem iudicatam retractare. Hoc ergo
 « fieri potest, ut rem non potueris repetere, poenam rei petas ? — *Sermo*.
 « Haec circa ius, illa circa aequitatem : qui quadruplum ab infitiatore
 « petit, illa dicere solet : oportet poenam esse auaritiae et adfici sup-
 « plicio cupiditates... *Declamatio*. Depositum quo tempore petisti ?
 « luxuriosus adhuc, si uoluisset confiteri, habere s(e) pecuniam, nondum
 « tamen debebatur... quo tempore repetebas, adhuc lururiabaris, non
 « debebatur ergo nec potest uideri infitiatus, quod eo tempore negauit,
 « quo illi extorqueri non posset uel confitenti ?... »

La suspicion qui s'attache aux *Declamationes minores* rapportées à Quintilien est telle que le mieux est de ne tirer, semble-t-il, aucune conclusion de ce long fragment. On a depuis longtemps signalé le ridicule de ces œuvres fantaisistes sous tous les rapports. Particulièrement ici, quelle serait l'action au quadruple visée au texte ? On pourrait admettre que l'action donnée à l'*adulescens luxuriosus* contre l'ami de son père était déjà au double — ce qui était, mais beaucoup plus anciennement, le cas de la *fiducia cum amico*

à l'opinion déjà exposée de M. Lenel qui considère justement que l'assertion des *Inst.* de Justinien 4.6.26 ne peut se concilier avec les termes de l'édit. Le développement de la théorie de la *liliscroissance*, l'adage *lis infiliando crescit in duplum* n'ont eu aucune influence sur notre action du dépôt nécessaire, seule demeurée au double dans l'édit du préteur, d'ailleurs en vertu d'une considération qui n'a plus rien de commun avec la violation d'une *lex mancipii*, car c'est précisément dans l'une des hypothèses quelconques du dépôt nécessaire qu'il n'a certainement jamais été possible de recourir au cérémonial d'une mancipation fiduciaire. La peine prétorienne du double se sépare donc même encore de l'*infiliatio* dans son sens primitif (violation d'une *lex mancipii*) et c'est une raison de plus pour nous de l'exclure du nombre des actions « croissant au double *aduersus infiliantem* »

Au contraire, dans le droit de Justinien et dès la généralisation de la procédure extraordinaire, l'action du dépôt nécessaire au double dès le début de l'instance n'a plus rien par cela même qui la distingue de l'action « croissant » au double, puisque nous avons déjà remarqué les tendances postclassiques vers la confusion de l'action au double et de l'action à *liliscroissance*. Le déplacement, « l'antériorisation » de la *lilis contestatio* expliquent que l'action du dépôt nécessaire devienne une action « *quae infiliatione duplicatur*. Ainsi s'explique le texte des *Institutiones* de Justinien, dans lequel l'assimilation est faite.

et qu'elle croissait ensuite au double *aduersus infiliantem*. Mais cette action au quadruple n'aurait eu d'existence que dans un exercice d'école, destiné peut-être à placer les élèves devant une hypothèse fantaisiste mais délicate et à aiguïser leurs facultés d'analyse. En tous cas, l'action de dépôt au quadruple est une pure invention. Quelle attention convient-il de prêter aux autres définitions du fragment ? En fait, ce texte est passé, à juste titre, complètement inaperçu des romanistes. Aucune mention de lui n'est faite au *General register de la Savigny Stiftung*.

CHAPITRE VII

L'ACTIO DE MODO AGRI

Dans la vente d'un bien rural ou dans le bail à ferme, le vendeur ou le bailleur avait l'habitude de déclarer soit la superficie de l'immeuble dans son intégralité soit celle des cultures particulières, telles que prairie, champs, pâturages, forêts, etc¹. Lorsque les étendues ainsi déclarées donnaient lieu, ensuite, à contestation, un arpenteur était appelé à trancher la *controuersia de modo* et s'il ressortait de sa vérification expérimentale que le vendeur n'avait pas complètement tenu sa promesse, l'acheteur avait contre celui-ci, anciennement, l'*actio de modo agri* au double de la différence existant entre la superficie déclarée et celle réellement constatée², plus récemment l'*actio empti* qui a supplanté l'antique *actio de modo agri* peut être déjà à l'époque classique³, en tous les cas certainement à celle de Justinien⁴, et qui porte sur l'*interesse*⁵.

1. Cf. Hygin, *de gen. controu*, p. 132, II-23 (Lachm. et Rudorff) « solent uero modum quidam in locationibus agrorum comprehendere atque ita cauere, fundum illum iugera tot in singulis iugeribustantum... item quidam uendentes ementesque agros soliti sunt modum cautione complecti. Voy. Frontin, lib., 2, de controu, 45.20, et la correction de Rudorff, *op. cit.*, p. 419, n. 176 : D., 18.1 de C. E., 40; 13.7 de pign. act., 43.

2. Cf. Paul, *Sent.*, 2.17.4.

3. Cf. Lenel, *ZS*, 1882, p. 190; Monnier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, 1930, p. 137; San Nicolo, *Clausola*, 49; Bonfante, *Istituzioni*, p. 470. Voy., D., 19.1.2. pr. (Paul, lib., 5 *ad sab.*), D., 19.1.13.14 (Ulp. Lib., 32 *ad ed.*).

4. Bechmann, *Kauf*, 3.1.219; Haymann, *Haftung*, 16.

5. Cf., D., 19.1.2. pr. : « Si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio. » D., 11.6 *si mentor*, 5, § 1 : « Si cum falsus modus renuntiatus esset, emptor cum uenditore ex empto egisset, agere poterit etiam cum mensore; sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. quod si non de toto modo qui deerat cum uenditore egerit, sed de minore, consequenter scribit Pomponius de residuo cum mensore agi posse. » Cf.

La seule question que nous devons nous poser est celle de savoir si l'*actio de modo agri*, comme certains textes et certains auteurs peuvent le faire penser, était une action « quae crescebat in duplum aduersus infitiantem ». Fut-elle soumise à l'adage « lis infitiando crescit in duplum » ?

Le texte le plus important sur ce sujet est celui des *Sententiae Receptae* :

1.19.1 : « quaedam actiones si a reo infitientur
« duplantur, uelut... item de modo agri cum a uen-
« ditore emtor deceptus est.¹ »

De ce texte, il convient de rapprocher les mêmes *Sententiae* 2.17.4 :

sur ce texte, Rudorff, *op. cit.*, p. 420, n. 177. A, vend à B, dit Rudorff, un bien rural de deux cents arpents par exemple. Dans un second arpentage, il se trouve que B a reçu dix arpents de moins. Il peut réclamer par l'*a. empti* ces dix arpents. Mais il peut se faire que l'action de la vente ait été déjà exercée pour un autre motif et que, dès lors, elle soit éteinte par la *litis contestatio* précédente. Aussi B a-t-il une action subsidiaire contre le premier arpenteur à cause de son arpentage inexact. Cette action porte sur l'*interesse*. Que si B a reçu tout l'*interesse* par l'action de la vente, l'action subsidiaire lui fait défaut; s'il ne l'a reçu qu'en partie, elle lui fait défaut dans la même proportion.

1. Cf. sur ce texte, Rudorff, *op. cit.*, p. 418 et s.; Bechmann, *Kauf*, 1.248.3 qui révoque en doute l'authenticité de *item de modo agri...*, car le texte ne fait aucune mention de l'*a. auctoritatis*; Lenel², p. 194, n. 11 qui, avec Krüger et Conrat, *westgot. Paulus*, 8, n. 19 *ad. h. l.*, tient la citation de notre action pour interpolée (voy., *ZS*, 3.191, n. 52) et réfute Karlowa, *RG*, 2, p. 576, pour qui le renseignement des *Sent.* 1.19.1 devrait être pris en considération, car il se trouverait justement à la place occupée dans le système de l'édit par l'*a. de modo agri*; Girard, *Textes*, p. 390, n. 1 qui voit dans *item...* une addition mensongère. Au contraire, M. Monier, *op. cit.*, p. 8 rattache ce passage à Cic., *De off.*, 3.16.65. Cet auteur soutient, avec raison, croyons-nous, que Paul, *Sent.*, 1.19.1 est une application particulière de la règle énoncée par Cicéron dans laquelle il reconnaît une disposition générale très large relative aux vices dans le très ancien droit romain. M. Monier repousse donc l'idée d'une addition mensongère. Voy. dans un sens légèrement différent, Georgesco, *op. cit.*, p. 157 qui considère la finale *item...* comme une addition postérieure d'un auteur au courant des antiquités romaines, les textes de Cic. et de Paul étant l'expression d'un état du droit en vigueur anciennement. Indiscutablement vraie pour le fr. de Cicéron, cette opinion est exactement à l'antipode de la vérité, en ce qui concerne Paul, *Sent.*, 1.19.1, ainsi que nous le démontrons au texte ci-dessus. — On peut être tenté de rapprocher sur le texte ci-dessus, les passages de l'*Interpretatio* : « Uel de modo agri, quum a uenditore emptor fuerit circumscriptus, ut minus inueniatur, quam probatur scriptum; de l'*Epit. Aeg.* : « Uel si in uenditione minus inueniatur, quam probatur scriptum, dupli satisfactione reddantur. », de l'*Epit. Monachi* : « Uel de modo agri, quum a uenditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inueniatur, quam probatur scriptum. », de l'*Epit. S. Gall.* : « Homo qui rem suam uendiderit et exinde cartam fecerit si minus dederit quam in ipsa carta scriptum fuerit in quantum exinde minus inuenit in duplum soluat. »

« Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in
« duplum eius, quod mentitus est, officio iudicis aesti-
« matione facta conuenitur¹. »

Interprétant ces deux textes, Huschke a vu dans l'*actio de modo agri* un genre particulier de *litiscroissance*². L'action de *modo agri*, dit-il, ne portait jamais sur une *certa pecunia*, bien que la demande fût aisée à calculer avec une certitude mathématique en comparant la quantité défail-lante au prix d'achat³; quand bien même le défendeur avouait qu'il avait livré une contenance inférieure à celle qu'il avait déclarée, il fallait en venir nécessairement à la *lilis contestatio*; un *arbiter lilis aestimandae* était alors nommé qui ne condamnait qu'au simple. Que si au con-traire le défendeur niait, alors il fallait d'abord établir la valeur de la différence en moins et ensuite seulement une *manus iniectio* était donnée anciennement, au double évidemment de cette valeur, car la *manus iniectio* semble, dit-il, avoir toujours présupposé une *certa pecunia*. Ainsi s'expliquent les mots *aestimatione iudicis facta conuenitur* au lieu de *aestimatione... condemnatur*, comme on devait l'attendre du rédacteur du passage, s'il s'agissait, dans ce cas, d'une condamnation habituelle intervenant sur l'esti-mation courante du litige.

Rudorff s'élève avec raison contre cette opinion⁴. Il fait remarquer les variations arbitraires du sens d'expres-

1. Cf. sur ce texte, Rudorff, *op. cit.*, p. 418 et 430; Huschke, *Nexum*, p. 177; Lenel³, p. 194; Georgesco, p. 157; Giffard, « L'action édilicienne *quantum minoris* », *R. H. D.*, 1931, p. 687, n. 2. — Comp. enfin avec l'*Epit. Aeg.* : « Qui fundum distraxerit, et ibidem minus inuentum fuerit, quantum men-titus est, in duplum reddatur. » On a signalé la différence qui semble exister entre les deux textes que nous reproduisons ci-dessus. Cf. Girard, *Textes*, loc. cit., et Georgesco, p. 157 qui trouve dans la discordance des deux passa-ges la preuve que la finale du premier est une addition postérieure. De fait le second texte ne paraît faire aucune allusion à la *litiscroissance*. Mais cette impression est susceptible de se modifier si l'on prend garde aux mots *officio iudicis aestimatione facta*, sur lesquels M. Giffard a, à juste rai-son, attiré l'attention.

2. Cf. *op. cit.*, p. 272, 275.

3. P. 264.

4. *Op. cit.*, p. 428-430.

sions telles que le *conueniri* du jurisconsulte, mais en réalité, sur ce point, il n'explique rien. Le sens d'*aestimatione-conuenitur* lui échappe. Par ailleurs, cet auteur se refuse à voir dans l'*actio de modo agri* une action croissant au double par le fait d'une dénégation judiciaire, car la *mentilio de modo* du second texte est tout autre que cette dernière. L'*infiliatio* est en effet déjà contenue dans la vente d'une contenance qui n'est pas effectivement livrée à l'acquéreur et dans la fausseté de la *lex mancipii*, par laquelle, dit Rudorff, le vendeur ne rougissait pas, dans une réunion solennelle représentant le peuple romain, d'outrager l'acheteur et le crédit public. Mais, comme cette *infiliatio* ne présentait pas la forme d'une négation judiciaire — elle était une tromperie matérielle sur une superficie faussement déclarée — l'*actio de modo agri* était considérée, en tant que sanction de la violation de la foi jurée, comme une action au double dès son principe et non pas comme une action croissant au double *aduersus infitiantem*. Cela est conforme non seulement aux sources¹, qui représentent l'*infiliatio*, en pareille circonstance, comme une tromperie, une fraude, mais encore à la nature de la chose, car pourquoi eût-il été interdit de transiger sur la différence en question? Le vendeur n'est nulle part, sous ce rapport, assimilé au *iudicatus*. Or, l'on sait que, pour Rudorff, c'est dans cette assimilation que se trouve le critère même de la *liliscroissance*.

En dehors de ces auteurs, la tendance générale est pour l'exclusion de notre action de la liste de celles qui étaient doublées en raison de la négation. Une place à part doit être faite cependant à Karlowa² qui distingue une action

1. Ainsi, l'*Interpretatio* fait du *mentiri de modo* une *circumscriptio*. Les expressions *infiliari*, *infiliator*, *infiliatio*, dit Rudorff, p. 429, n. 192, se présentent avec le même sens dans les passages suivants : Cic., *pr. Flacc.*, 20 : « Nolite existimare non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. » Senèque, *De ira*, 2.9., *de benef.* « tristis ac sollicitus, qualis esse infitiator ac fraudulentus solet. Prudent, *Psych.*, 630 : « Fidei fraus infitiatrix. »

2. *R. R. G.*, 2, p. 576.

croissant au double, donnée « si in quantitate iugerum captio est », à côté de l'action au double pour défaut de contenance et fausse *nuncupatio*. La première serait d'origine prétorienne et c'est d'elle qu'il serait question dans les *Sententiae Receptae* 1.19.1.

Nos conclusions peuvent être brèves. L'*actio de modo agri* ne fut pas, à nos yeux, dans l'ancien droit et dans tout le droit classique, une action à *liliscroissance*. Elle était une action au double dès le début et la notion de l'*infinitio* qu'on y rencontre est tout simplement celle que connaissait la loi des Douze Tables (Cic., *De off.* 3.16.65). La condamnation au double y était déterminée par la violation d'une *lex Mancipii* concernant le *modus*. Les *Sententiae Receptae*, ici comme précédemment, traduisent une vérité postclassique. Avec la tendance déjà remarquée vers la confusion de l'action qui « croissait » au double et de l'action au double dès le début, conséquence de l'apparition de la procédure postclassique, les barrières tombaient entre ces deux actions et l'on comprend pourquoi un auteur postclassique a pu ajouter à la liste ancienne des actions à *liliscroissance* notre action de *modo agri*. On s'explique en même temps le *conuenitur* du second texte. L'*infinitio* est désormais placée à la *conuentio*, dès le début de la procédure. Quant à l'estimation faite *officio iudicis*, elle est à rattacher à la *taxatio* faite par le magistrat pour peser sur la volonté du défendeur et lui interdire de plaider injustement. Elle est en tous points comparable à cette *taxatio* que nous avons déjà rencontrée dans C. 4.49.4¹ et nous fournit une preuve nouvelle à l'appui de la doctrine que nous avons exposée². Remarquons en effet que le double de l'ancienne action de *modo agri* sera, dans le droit postclassique, poursuivi par l'action de bonne foi née de la vente, action qui, dans le droit classique, ne comportait pas de *taxatio* insérée dans la *condemnatio* de la formule,

1. Cf. ci-dessus, p. 80, n. 1

2. Cf. ci-dessus, p. 157.

ainsi que nous l'avons démontré¹. L'*aestimatio officio iudicis facta* avant la citation en justice — qui est ainsi à identifier avec une *taxatio* — n'a donc rien d'une notion classique. Elle est une menace qui, en se réalisant à l'occasion d'une résistance injuste du défendeur, reconnue telle par la suite du procès, est destinée à réprimer la *calumnia* d'un plaideur téméraire.

1. Ci-dessus, p. 80, n. 1.

CHAPITRE VIII

L'ACTIO AUCTORITATIS ET L'ACTIO REDHIBITORIA. LES DERNIERS CAS DE LITISCROISSANCE

Nous pouvons désormais brûler les étapes, car l'on sent bien que la solution des nouveaux problèmes qui vont nous occuper est commandée, dans une très large mesure, par celle que nous venons de donner au cas précédent.

Aucun texte, à notre connaissance et à celle des auteurs qui nous ont précédé, ne fait mention de l'*actio auctoritatis* parmi les actions à *litiscroissance*.

Huschke a cependant prétendu¹ que, pour cette action comme pour l'*a. de modo agri*, il faudrait distinguer entre l'aveu du défendeur, auquel cas l'action était au simple, et sa dénégation, hypothèse dans laquelle l'action était élevée au double. Cependant, pour éviter la difficulté d'une estimation judiciaire, il aurait été de tout temps d'usage de *nuncuper* le double dans la *lex Mancipii*. C'est ainsi que l'*actio auctoritatis* aurait pratiquement appartenu aux actions qui, dès le principe, étaient au double et c'est pourquoi les jurisconsultes romains auraient cessé, à partir d'une certaine époque, de la ranger parmi les « *causae, ex quibus lis infitiando crescit in duplum* ». Ils auraient à cette occasion remarqué que l'*actio auctoritatis* qui, en elle-même, était au simple, croissait au double contre celui qui niait, si bien que l'on pouvait se demander si, au cas où une *dupla* avait été *nuncupée*, l'*infitiatio* du défendeur n'aurait pas pour résultat de faire croître l'action au

1. Cf. *Nexum*, p. 188 et s., p. 196-198 sur le *uadimonium cum satis datione* que Huschke se flatte en même temps d'expliquer.

quadruple. On comprendrait par là le langage surprenant de Paul, *Sent.* 2.17.3 : « auctoritatis uenditor duplo *tenus* obligatur », au lieu de dire tout simplement : « in duplum obligatur ». Ainsi on entendait empêcher d'une part l'acheteur de se réserver plus du double grâce à la *nuncupatio* et maintenir d'autre part la possibilité de la réduction de l'action au simple. L'impossibilité de la transaction et l'exclusion de la *condictio indebiti* étaient les conséquences de la certitude de l'obligation de garantie, dans son fondement et dans son objet. L'*actio auctoritatis* enfin naissait du *nexum*, or, l'action du *nexum* était la *manus iniectio pro iudicato*, par conséquent l'*actio auctoritatis* s'intentait aussi par *manus iniectio*.

A l'appui de son opinion, Huschke a invoqué un fr. de Iauolenus :

« D.21.2 *de euict.* 60 : « Si in uenditione dictum non
« sit, quantum uenditorem pro euictione praestare
« oporteat, nihil uenditor praestabit praeter simplam
« euictionis nomine [et ex natura ex empto actionis
« hoc quod interest]¹. »

Sans doute, dit Huschke, il n'est pas expressément question dans ce passage de *res Mancipi Mancipatae*, mais que son rédacteur ait en réalité pensé à elles et à l'*actio auctoritatis*, cela semble ressortir de l'opposition marquée entre l'action sur la *simpla* et l'action *ex empto*, par laquelle on pouvait en outre poursuivre l'*interesse*. Ainsi l'auteur retrouve la trace d'une *actio auctoritatis in simplum*.

Il n'est pas douteux, à notre sens, ainsi que Rudorff l'a vu², que ce fragment doit être compris d'une tout autre façon. Le mot *uenditio* ne désigne pas la mancipation, mais seulement l'obligation naissant *consensu*. En conséquence ce n'est pas l'*actio auctoritatis* qui est opposée à

1. L'interpolation de *ex natura interest* soutenue par Rabel, *Haftung*, I.139; Longo, *Studi Scialoja*, I.630 et admise par Kr., 31, n. 28 est indiscutable. Voy. sur ce texte, Viard, « *Pactes adjoints* », p. 54, n. 2, *Vocabularium iurisp. rom.*, Inst. Savig., 3.234, 32, 4.24.9.

2. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 446 et s., dont Girard, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, p. 26, n. 4, p. 28, suit l'opinion. Cf. en outre litt. indiquée chez Girard, *op. cit.*, p. 27, n. 2.

l'*actio empti*; l'antithèse porterait plutôt sur les différentes prétentions à faire valoir par l'*actio empti* sur le prix de la vente et l'*interesse*. Telle est l'opinion de Rudorff.

Il nous apparaît plus simplement qu'aucune opposition n'est marquée dans ce fr., entre deux prétentions portant l'une sur la restitution du prix de vente, dans le cas d'éviction, l'autre sur l'*interesse*. Le texte ne se rapporte qu'à l'action née de la vente et les compilateurs ont simplement entendu énoncer que cette action tendait à faire obtenir le *id quod interest*¹ précisant ainsi ce que l'action au simple faisait obtenir². En effet, Iauolenus se contentait de faire ressortir probablement la différence existant entre l'action *empti* qui, à défaut de fixation conventionnelle de l'indemnité, ne portait que sur le simple et l'action de la *stipulatio duplae*, qui, quant à elle, portait sur le double en général du prix de vente. L'interprétation la plus saine du texte se retourne donc contre la thèse de Huschke.

Notre conclusion ne peut donc pas être différente de celle de Girard³ lorsqu'il écrit : « on peut tenir pour certain que l'action *auctoritatis*... eut à toute époque pour montant invariable le double du prix, sans qu'il y eût besoin pour cela d'aucune négation du défendeur. »

Cette conclusion cependant ne nous satisfait pas pleinement. Nous avouons que bien des points demeurent encore obscurs, non sans doute sur le sujet étroit de ce livre à savoir l'application de l'adage « *lis infitiando crescit in duplum* » à l'*actio auctoritatis*, qui nous semble devoir être très résolument écartée, mais sur les origines de la condamnation au double dans l'*a. auctoritatis*. Girard, parce qu'il se défend de voir une *nuncupatio* faite dans la *mancipatio*, soit par l'acquéreur, soit par l'aliénateur, et por-

1. Cf., D., 21.2 de *eu. et dup. stip.* 70 (Paul, liv. 15, *Quaestionum* : « *Eucta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit...* »)

2. Justinien, C., 7.47, de *sent. quae pro.*, 1, a limité le montant maximum des dommages intérêts au double du prix et cette solution, probablement par l'intermédiaire d'une interpolation inspirée par cette constitution, est attribuée au Digeste, 19.1 de *A. E. V.*, 44 à *Africanus* (Lenel, 96). Cf. sur ce point, Girard, *Man.*, p. 593, n. 5.

3. Girard, *Garantie d'éviction*, p. 28.

tant expressément que le mancipant serait soumis à l'obligation de garantir l'éviction, rattache cette obligation à la mancipation elle-même, car on distingue, dit-il, en matière de garantie d'éviction, entre le cas où il y a mancipation et celui où il n'y a pas mancipation et non entre celui où il y a *nuncupatio* et l'hypothèse où il n'y en a pas¹. Mais il écrit en même temps au sujet de Cicéron (*De off.* 3.16.65) : Cicéron dit tout simplement que « sous les Douze Tables on n'était obligé que dans la mesure « des déclarations expresses, déclarations, par rapport « auxquelles le manquement était puni au double. Cette « idée générale peut à la rigueur s'appliquer à notre « matière; car quand il avait été dit qu'un fonds avait « été acheté *per aes et libram*, il y avait une action au double « à raison de ce fonds²... » Nous confessons notre embarras. La constatation faite par Girard en premier lieu eût dû, nous semble-t-il, le conduire en bonne logique à rejeter Cic. *De off.* 3.16.65 pour l'*actio auctoritatis*³, car d'une part l'atténuation recherchée par lui du sens du verbe *nuncupare* dans ce passage⁴ devait l'y contraindre, de l'autre, si l'obligation de garantie d'éviction découle directement de la mancipation en l'absence de toute déclaration expresse, une telle obligation est purement légale, elle n'a pas besoin, comme l'écrit M. Georgesco, d'un *nominatim dicere*⁵ et l'*actio de auctoritate* étant complètement étrangère au système des *leges priuatae*, sa condamnation au double ne s'explique pas par la disposition des Douze Tables rapportée par Cic. : « ea..., quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset dupli poenam subiret. »

Une telle solution, malgré sa logique rigoureuse, nous semblerait cependant suspecte : elle n'explique plus la

1. Girard, *op. cit.*, p. 17.

2. Girard, p. 15.

3. C'est ce que fait délibérément M. Georgesco, *op. cit.*, p. 153.

4. Girard, *ibid.* Il faudrait prouver, dit Girard, que notre texte emploie *nuncupare* dans son sens technique et non pas dans son sens habituel de « dire expressément, catégoriquement ». La différence est inexistante, à nos yeux.

5. Georgesco, *ibid.*

condamnation au double, alors que nous avons le texte de Cicéron qui nous permet de la comprendre clairement. Elle est obligée de faire appel en dernière analyse à la notion encore trouble de l'*auctoritas* dans la loi des Douze Tables. Nous nous garderons de pénétrer sur ce terrain glissant, si largement ouvert aux hypothèses faciles et brillantes. Nous ne pouvons dire qu'une chose très simple : il n'existe pas, à nos yeux, de cloison étanche entre l'obligation de garantie d'éviction née de la mancipation, même si l'on fait de cette obligation un devoir juridique légal, et les *leges mancipii* ou *uerba nuncupata* que M. Georgesco assimile avec raison, selon nous, à la *nuncupatio*, malgré l'interprétation peu admissible de Girard. Il est raisonnable de penser que les *leges mancipii* tirent leur force même de l'acte formel sur lequel elles s'appuient. S'il est vrai de dire qu'elles étaient primitivement rattachées à la *res* et que l'on n'admettait pas la dépendance de deux actes juridiques, on comprend que leur validité ne soit qu'un reflet de la validité de l'acte principal duquel elles ne se séparent pas. Or, si ce reflet nous offre l'image d'une condamnation au double, c'est que cette même condamnation au double est de l'essence de l'acte principal, et nous pouvons en juger par le renseignement que nous donne Cicéron. Ainsi de toutes façons, c'est par Cic. *De off.* 3.16.65 qu'il convient de comprendre la condamnation au double dans l'*actio auctoritatis*.

Cette action nous met donc bien en présence d'un recours juridique en tous points semblable à l'ancienne *actio de modo agri*. On s'explique que, dans la procédure du Bas-Empire, elle ne se distingue plus nettement de l'action qui croissait au double *propter infitiationem*. C'est elle en effet que nous allons retrouver, sous une interpolation d'un fr. du *Digeste*, dans les développements suivants.

*
* * *

La très complète étude sur la « *Duplex condemnatio* de l'action réhibitoire », publiée récemment par M. Arthur de

Senarclens¹, rend inutiles les développements que nous aurions dû, sans elle, consacrer à l'action rédhibitoire. Nous n'avons guère qu'à coordonner les résultats de ce travail, si documenté et cependant si clair, avec les nôtres.

Une remarque préliminaire s'impose. Pour toute la période qui va jusqu'à l'issue du droit classique, il n'existe aucun texte et — ce qui plus est — aucun auteur pour affirmer que notre action était une action à *liliscroissance*. M. de Senarclens², suivi sur ce point par M. Giffard³ nous paraît devoir être approuvé lorsqu'il conclut que, dans le droit classique, si le défendeur n'obéissait pas à l'ordre de restituer le prix et ses accessoires, il était condamné au simple *quanti ea res erit*. Au contraire, les compilateurs ont fait, en interpolant la célèbre loi 45 au D.21.1 de *aed. ed.* (Gaius, lib. 1 *ad ed. aed. curul.*), une action croissant au double pour le cas où ce défendeur refuse de se conformer à l'ordre de restituer le prix et ses accessoires, mais si cette restitution est faite, il est considéré comme subissant une condamnation au simple.

Ce qui nous paraît devoir être surtout retenu, en ce qui nous concerne, de la thèse développée par M. de Senarclens, c'est avant tout la tendance remarquée par l'auteur, après Wlassak qu'il cite⁴, des Byzantins à recourir à une condamnation aggravée « pour prévenir la résistance du défendeur ». Dans cette idée se trouve déjà le germe d'une doctrine nouvelle sur la large répression de la *calumnia* que nous avons rencontré presque dans chaque chapitre précédent. M. de Senarclens souligne en effet que la répression de la *contumacia*, au sens de désobéissance du défendeur,

1. Cf. *Studi in onore di Pietro Bonfanti*, tome 3, pp. 91 à 127.

2. *Ibid.*, p. 127.

3. Giffard, *R. H. D.*, 1931, p. 687, n. 2.

4. On trouvera dans l'article de M. de Senarclens, l'analyse détaillée de la très volumineuse littérature sur la loi 45 et des nombreuses interprétations divergentes proposées. On peut dire néanmoins que la tendance générale actuelle est dans le sens de la reconnaissance de l'existence en droit classique d'une action rédhibitoire au simple pour cause de vices, car il faut sans doute distinguer entre la partie de la *stipulatio duplae* relative à l'éviction, et celle relative aux vices qui, quant à elle, n'avait pas pour effet le *duplum*. Cf. en ce sens, Ernst Levy, Wlassak et Lenel, chez de Senarclens.

à un ordre de restitution, par le serment estimatoire du demandeur, est considérée au *Digeste* comme conforme à la justice :

D.12.3 *de in litem iurando* 8 (Marcellus, lib. 8 *Digestorum*) : « Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non uult... non est aequum pretio, id est
« quanti res est, litem aestimari cum et contumacia
« punienda sit... »

Les applications de cette idée, citées par Wlassak, méritent de trouver place ici :

C.4.65 *de locato et conducto*, 33 Imp. Zeno A. Sebastino pp. « Conductores rerum alienarum seu alienam
« cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu
« heredes eorum, si non eam dominis recuperare
« uolentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectauerint, non solum rem
« locatam, sed etiam aestimationem eius uictricis parti
« ad similitudinem inuasoris alienae possessionis praebere compellantur¹. » (a. 484).

De même, au C.3.28.33. pr., Justinien décide que si l'un des descendants d'un testateur refuse à l'autre jusqu'au moment de la sentence finale la restitution des biens qu'il est chargé de lui transmettre, sa condamnation portera
« non tantum in quod testator uoluit eum restituere condemnatur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis... »

Il nous est facile, à nous qui avons suivi l'étude de la *litis*-*croissance* depuis ses origines, de comprendre cette tendance du droit romain de la dernière époque, si justement mise en relief par Wlassak et M. de Senarclens. Le lien de l'action réhibitoire au Bas-Empire avec la *litis*-*crois-*

1. Cette constitution qui, ainsi que l'écrit M. de Senarclens, décide que, si les locataires et détenteurs à titre précaire d'une chose ne la restituent pas avant la sentence définitive, ils seront condamnés à rendre non seulement la chose mais aussi son estimation, n'est que la reproduction en abrégé de C., 8.4.10. Voy. sur ces textes, Rudorff, *op. cit.*, pp. 462-463, qui écarte malgré tout à juste raison l'action dont il s'agit du régime de la *litis*-*croissance*, parce que la condamnation à l'*alterum tantum* est ici non la peine de l'*infinitio*, mais celle de l'usurpation, et est rattachée au refus de restituer jusqu'à la sentence finale. Cette dernière considération nous conduit à distinguer en effet entre l'action à *litis*-*croissance* qui croît au double dès le début de l'instance, dans le droit du Bas-Empire et celle visée au texte ci-dessus.

sance a été dégagé par M. Giffard¹. La loi 45² au D.21.1 est interpolée, dit cet auteur³. « A mon avis, le texte primitif « de Gaius visait l'*actio* dite *auctoritatis*, disparue partout « du *Digeste*. On la retrouve encore dans les *Sentences* de « Paul au Bréviaire (2.17.1 et 3). L'*interpretatio* sur ce « texte (Haenel, p. 364) montre comment cette action a « pu être appelée rédhibitoire au Bas-Empire : « Si quis « rem alienam uendiderit... ad redhibitionem duplae « pecuniae manebit obnoxius. » Or, nous avons reconnu que l'*actio auctoritatis* au double dès le principe, selon la doctrine de Rudorff et de Girard, acceptée par nous sous certaines modifications, était entrée, à l'époque postclassique dans le domaine de la *litiscroissance*, par le fait de la confusion si souvent remarquée de l'action du double *ab initio* et de l'action au double *aduersus infitiantem*. On s'est servi d'elle d'une façon toute externe pour faire de l'action rédhibitoire une action véritable à *litiscroissance*, répondant, il faut le remarquer, au type le plus pur dans le droit postclassique de l'action qui croissait au double contre un plaideur téméraire.

*
* * *

Il nous reste à terminer cette étude de chaque cas particulier de *litiscroissance* par le rapide examen de quelques hypothèses où Justinien a introduit, dans le dernier état du droit romain, une condamnation au double pour réprimer la trop grande inclination des plaideurs vers une négation injustifiée et malhonnête.

La novelle 18. cap. 8 prévoit trois de ces cas⁴ :

1. *R. H. D.*, 1931, p. 687, n. 2.

2. C'est par une erreur d'impression qu'il est question de la loi 44 dans l'article de M. Giffard.

3. Sur les interpolations de ce tr., on consultera en dernier lieu, Lenel³, p. 556-558; Fr. Pringsheim, *ZS*, 48, 1928, p. 741.

4. Cette novelle est l'une de celles qui furent rédigées à la fois en grec et en latin. Cf. nov. 66.1, § 2 et Kruger, *Quellen*, p. 400, n° 9. Nous nous bornons ici à en donner le texte tel qu'il figure dans l'*Authentique*, en renvoyant aux comparaisons de détail avec l'original grec. Voy. sur cette novelle Noailles, *Les collections des nouvelles de l'empereur Justinien*, thèse, Bordeaux, 1912,

1° Si un titre est produit en justice et que celui dont il émane se refuse à le reconnaître comme sien, mettant par cela même le demandeur dans la nécessité de faire la preuve de l'authenticité de l'écrit;

2° Si, tout en reconnaissant son œuvre dans ce titre, le défendeur prétend ne pas avoir reçu les espèces pour lesquelles il s'est engagé et que le demandeur en rapporte dûment la preuve.

Dans ces deux cas, le défendeur succombant est condamné à la peine du double. Le but du législateur est de diminuer le nombre des procès afin d'obtenir par la menace de la peine des aveux plus faciles. Cette intention est si

pp. 82 et 85. Ajoutons que la novelle ci-dessous est du 1^{er} mars 536Cf. Noailles, *op. cit.*, p. 97.

« Studium uero maliuolentiae, quod fit ab aliquibus necessarium nobis
 « fecit plebis denuo legislationem approbare, quam per quendam suorum
 « protulit tribunorum, quae Aquilii nuncupationem ab illo suscepit, secun-
 « dum quam pro abnegatione duplicibus subdebat exactionibus maleuo-
 « lentes et abnegare temptantes; ubi etiam aliae quaedam actiones ad eun-
 « dem cooptatae sunt ordinem. Sed paulatim mutata clementia oblita est,
 « iniquorum enutrire maliuolentiam. Quam ob rem etiam nobis necessarium
 « uisum est indecentes et turpes abnegationes praedictae poenae subicere.
 « Si enim protulerit aliquis scripturam, alter autem eam negauerit, cum litteras
 « eius habeat ita, ut necessitatem patiatur actor causas pati circa probatio-
 « nemeius, aut litteras quidem suscipiat, dicat autem non solum debi-
 « tum sibi, et probauerit hoc legitimis modis actor; condemnationem aduer-
 « sus eum duplicem in utroque casu fieri sancimus, non quia amarioribus
 « legibus delectamur, sed quia lites horum minores efficimus, quatenus
 « timore poenae citius dicant, quod confiteri competit. In talibus itaque om-
 « nibus modis condemnationem hoc fieri uolumus, modo, et si praeter haec
 « egerit, iudicem scire, quia transcendens legem ipse tenebitur his poenis.
 « Haec autem dicimus nisi probationibus actor abrenuntians sacramento
 « rei nunc usque negationem factam solui uoluerit. Si enim tale aliquidege-
 « rit, si quidem mox ab initio post abnegationem intulerit ius iurandum, et
 « ille continuo confessus fuerit, quod in negationem deductum erit, sine
 « periculo erit quantum ad duplum. Si uero longiore facta lite tunc actor
 « inferat sacramentum, at ille etiam sic, quod infertur, profiteatur, de dupli
 « quidem eum eximimus poena; omnes uero expensas, quae usque tunc fac-
 « tae sunt propter probationes actori, iureiurando eius definitas, exsoluere
 « eum, qui ab initio quidem negauit, postea uero confessus est, iubemus.
 « Si quis autem adnumerationem in se factam pecuniarum negans, pos-
 « tea utatur solutionibus à se factis, tali nullam utilitatem horum, quae
 « uere soluta sunt, esse sancimus, sed totum eum debitum exigi praecipi-
 « mus, et hanc solam sustinere negationis poenam (hoc, quod etiam qui-
 « dam ante nos Imperator constituit), nullo iudicantium neque in hoc flec-
 « tendo, sed integritatem legis custodiente. Si autem etiam reus proferat
 « litteras actoris deinde ille eas neget, at ille probet eas: non solum illud
 « reputetur, de quo negatio fuit, sed etiam tantum aliud adiciat. Hic quo-
 « que de iurisiurandi datione similiter etiam in actore introducatur ratio, »

nettement affirmée qu'il édicte contre le juge qui enfreindrait ses prescriptions la peine elle-même que ce dernier aurait dû prononcer. Ainsi la répression atteint le juge à défaut du plaideur téméraire.

Mais la peine prévue par Justinien a pour condition expresse que le demandeur ne fasse pas usage, comme moyen de preuve, dès le début de l'instance de la délation du serment pour vaincre la négation du défendeur. Que si le défendeur, mis en demeure de jurer, renonce de suite à son attitude et, revenant sur sa négation, devient un *confessus*, il échappe par cela même au péril d'une condamnation au double. Il en est de même si le serment a été déféré après que la procédure est commencée depuis un plus long temps et que le défendeur avoue alors : il sera exonéré de la peine du double, mais il devra rembourser au demandeur les frais jusque-là exposés par lui pour rapporter la preuve de son droit méconnu.

3) Enfin si le demandeur dénie un titre émanant de lui-même, tel qu'une quittance par exemple, et produit par le défendeur, la démonstration rapportée par ce dernier de l'authenticité de l'acte entraînera non seulement la reconnaissance de la pleine force probante de son contenu, mais encore une punition exemplaire du demandeur qui devra restituer autant que le titre prouve qu'il a reçu. On retrouve ici, sous une forme originale, la peine du double, ainsi que le fait remarquer Sell¹. D'une part, l'effet libératoire reconnu à l'acte équivaut au simple. d'autre part, la restitution de la somme antérieurement versée en son acquit par le défendeur correspond à la *poena dupli*. Nous nous trouvons donc bien en présence d'un dernier cas de *litiscreissance*. Nous ne considérons pas en effet comme telle la répression particulière instituée dans l'hypothèse où le défendeur, après avoir nié la numération des espèces à lui faite, songe par la suite à exciper d'un paiement et où une telle défense restera vaine, la

1. *Op. cit.*, p. 42.

dette entière devant être exigée de lui sans qu'il lui soit tenu compte des versements réellement effectués par lui¹.

1. Il est intéressant de comparer la *Novelle* de Justinien qui vient d'être analysée avec la constitution au C., 4.21 de *fide instrum.*, 16, qui stipule que le défendeur qui dénie son écriture « in cautione uel tabella aliaue charta prolatam » et se trouve convaincu, à la suite d'une véritable vérification d'écriture faite par la comparaison de l'acte avec d'autres écrits émanant de lui, doit payer au demandeur *poena nomine pro mendacio suo XXIIII solidos*. Si la mauvaise foi du défendeur est découverte sur l'attestation du *tabellio* qui a rédigé l'acte ou des témoins qui ont assisté à la rédaction, le même défendeur perdra en outre l'exception non *numeratae pecuniae* qu'il aurait pu opposer si, l'*instrumentum* étant reconnu sincère, les espèces ne lui ont cependant pas été comptées et devra de toutes façons, être condamné. Au Code théodosien, il n'est fait mention de l'*infitiatio* qu'en un seul endroit, 2.27 *si certum petatur de chirographis*, 1.3 : « Sed si uiuentis ante hanc legem facta cautio proferatur, quam suam neget ille qui petitur, sequestret pecuniam litigaturus ex falso. Cauendum est enim, ne infitiandi fomitem ministremus obnoxiiis. » Mais il n'est fait mention dans toute la constitution d'aucune action à *litiscroissance*.

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LA REGLE « EX HIS CAUSIS, QUAE INFITIATIONE DUPLANTUR, PACTO DECIDI NON POTEST¹. »

La règle de Paul, Sent. 1.19.2., ne nous est pas autrement connue dans sa généralité. En dehors de ce texte en effet, les sources ne donnent plus que des applications particulières de ce principe à la *causa iudicati*². Il doit néanmoins être étudié à propos de chaque cas de *liliscroissance*. Nous rechercherons ensuite s'il convient d'y voir l'un des critères de notre institution, intimement lié à la nature de l'action à *liliscroissance* et servant à la reconnaître.

Mais, avant de suivre un tel programme, il faut définir le sens de l'expression *pacto decidere*.

*
* *

Etudions le sens de ces deux mots séparément d'abord, en commençant par le verbe qui indique l'action dont l'a-

1. Paul, *Sent.*, 1.19.2.

2. Cf. *Consult. uet.*, 7.6; Paul, *Sent.*, 1.1.5, a; *Consult.*, 9.8; cf. *C. Gregor. XI de transact.*, 1. C. Just., 5.53.3; *Consult.*, 9.11, C., 2.3 de *pact.*, 8 (9); *Consult.*, 9.16; 9.15; 9.14. C., 2.4.12; *C. Gregor.*, 1.10.6.; *C. Hermog.*, IV de *pact.*, et *transact.*, 3; *Consult.*, 9.1; D., 2.15. 7 (Ulp., liv. 7 *disput.*); D., 12.5.23.1. En sens contraire à celui indiqué par ces textes, cf. D., 2.14 de *pact.*, 7.13 (Ulp., liv., 4 *ad ed.*).

blatif *pacto* nous offre un complément circonstanciel d'instrument ou de cause. Nous examinerons ensuite la signification juridique de l'expression entière *pacto decidere*.

I. — Le verbe *decidere* se rencontre surtout dans la formule connue *damnum decidere*¹ et se traduit en général par « payer une amende » (en qualité de voleur)². Dans une autre acception, on a coutume d'entendre *decidere* par « conclure un accommodement, c'est-à-dire faire un pacte rémissoire sur une action pénale au sens de D.2.14.17.1. : *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur : ut iniuriarum, item furti.* »

Pour M. Koschaker³, les deux sens du mot se ramèneraient à l'unité ou, en tous les cas, seraient aussi anciens l'un que l'autre. La transaction se fait donnant donnant. Le pardon de la victime a pour raison décisive le paiement de la composition qui en est l'élément essentiel. Ainsi le paiement de l'amende et le pardon qui en est la conséquence suffisent tous deux à éteindre l'action, parce qu'ils mettent fin au ressentiment de la victime. Et si, d'après le témoignage des sources, la transaction sans forme est un mode d'extinction opérant *ipso iure* sur l'action pénale, il s'ensuit rigoureusement que le paiement de l'amende, qui forme l'élément principal de l'arrangement, est également sans forme. A l'origine, seul un tel paiement, fait à titre de composition, est concevable et la transaction, au sens que nous donnons à ce mot, apparaît comme une sorte

1. Cf. formule de l'a. *furti nec manifesti*, Lenel³, p. 328.

2. *Pro fure damnum decidere*, « als Dieb Busse zahlen », traduit M. Koschaker, compte rendu de l'ouvrage de Hans Steiner, *Datio in solutum*, dans ZS, 37 (1916), p. 365 avec Pernice ZS, 9.236, n. 2. Payer « pour le voleur », traduit M. de Visscher, *R. H. D.*, 1928, p. 370 et s. Voy. là-dessus Arangio-Ruiz, dans « Al qanoun wal Iqtisad », mai, 1932, p. 119, n. 1.

Sur le sens de *damnum*, cf. Mommsen *Strafrecht*, p. 12 en note, trad. fr., I, p. 13, n. 1. *Damnum*, dit Mommsen, est τὸ δίδμενον, la dation, *damnare* causatif — faire donner, *damnas* ou *damnatus* — obligé à donner. Les mots de ce groupe se rapporteraient dans la langue juridique surtout à cette dation qui éteint l'obligation. Le *damnum* serait donc originellement la composition facultative ou obligatoire, la rançon. Voy. aussi Girard, *Org. Jud.*, I, p. 91, n. 2 et bibliographie citée, Moritz Voigt, *Ueber den Bedeutungswechsel mehrerer lat. Ausdrücke*, des VI Bandes der Abhand. der Philolog. histor. Classe der Königl. Sachs.-Gesellsch. der Wiss., Leipzig, 1872, p. 142 et ss.

3. *Loc. cit.*

de résidu de ce paiement. Le pacte de transaction dérive donc du simple paiement¹.

Des deux acceptions ci-dessus rappelées, la première n'est guère satisfaisante. Les derniers travaux de philologie latine paraissent établir en effet qu'aucun rapport n'est senti entre *damnum* et *dare*², contrairement à ce que croyaient Mommsen et un grand nombre d'auteurs à sa suite. *Damnum* a le sens de « dommage », « perte », dépense et, par extension seulement, celui de « peine » ou « d'amende ». Les pressions *heres meus damnas esto*, *legalum per damnationem* et la glose de Nonius. 276, 23 : « *damnare est exheredare* » marquent l'obligation à une dépense³. D'où *damnare* dans le sens de « frapper d'une amende⁴ ». Il en résulte qu'il est difficile de traduire aujourd'hui *damnum decidere*, expression qui, selon Lenel (ed. 3 p. 328) remonte, jusqu'aux XII Tables, par « payer une amende » au moins en voyant là le sens primitif et originaire de l'expression. Le *damnum*, n'étant pas la rançon, ne peut être que le dommage. D'autre part, la *decisio damni* est l'acte qui met fin, en le faisant disparaître, à ce dommage⁵. Le verbe *decidere* marque ici une

1. Cf. Koschaker, *op. cit.*, et les textes cit. à la note 4, *eod. loc.*, sur le *transactio decidere*, D., 5.2.29.2, *transigere atque decidere*, Cic. *pro Sex. Rosc.*, 114, *decidere* sur l'*a furti*, D. 47.2.42.1., 47.6.5., sur l'*a. leg. Aq.* Cic., *pro Rosc. com.*, 32.36.

2. Telle est l'opinion de MM. Ernout et Meillet, *Dre étym.*, v° *damnum*, p. 242.

3. Nous empruntons ces exemples à MM. Ernout et Meillet, *loc. cit.*, Lucilius, *Sat. Lib.*, XI (22) «... hunc Tullius Quintus iudex heredem facit, et damnati alii omnes ». Cf. Lucilii carminum reliquiae recensuit enarrauit Fr. Marx, *Teubner*, 1904, tome I, p. 29, dont nous jugeons la lecture préférable à celle à laquelle font allusion MM. Ernout et Meillet. V. Marx, *ibid.*, v. 423 en note et, sur la glose de Nonius, tome II, p. 185. Mais avec la correction du texte, la question se pose de savoir si les mots *damnati alii omnes* ne se rapportent pas à l'acte du juge qui, ayant constaté la qualité d'un héritier, fait perdre leur procès à tous les autres prétendants à l'hérédité. Cette question à son tour en entraîne une autre : à l'époque de Lucilius, c'est-à-dire à celle de la guerre de Jugurtha, une telle procédure n'était-elle pas de la compétence des centumvirs ?

4. Bréal et Bailly, v° *damnum*, p. 58 : le sens primitif de *damnum* paraît avoir été « dépense ».

5. Ernout et Meillet, *op. cit.*, v° *decidere*, p. 125, *decido* : trancher, d'où au sens moral « décider » (souvent dans la langue du droit « trancher un différend »). Cf. Georges, *Lat-Deutsch. Wörterbuch*, v° *Decidere* — *die Sache abmachen, nicht weiter verfolgen, ohne weiteres entscheiden*. Voy. sur la *damni decisio*, Arangio-Ruiz, dans la *Revue Egyptienne* « Al qanoun wal Iqtisad », mai 1932, p. 124, n. 1.

disparition radicale. L'acte délictueux est effacé, retranché en quelque sorte. Ce verbe indique l'acte qui remet les choses en place, fait table rase du passé en tranchant comme au couteau la trame du souvenir et en faisant disparaître le ressentiment de la victime : avant tout *decidere* est le pendant de *noxam sarcire* avec lequel cependant il ne se confond pas, ainsi que nous le verrons plus loin, et, comme conséquence de la réparation du dommage, c'est aussi, du côté de la victime, pardonner, couper court à son désir de vengeance pour vivre désormais en paix avec soi-même¹; c'est par conséquent arriver à un accord, à une entente, c'est transiger.

II. — *Pactum, de pacisci*² est fréquemment employé, dans les sources juridiques, comme synonyme de *decidere* avec le sens de *transiger*³. En réalité, *pacisci* se distingue, dans la technique romaine, de *transigere*. Le *pactum* est une remise de dette.

D. 2.15 *de transact.* I (Ulp. liv. 50 *ad ed.*) : « Qui
« transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita
« transigit. qui uero paciscitur, donationis causa rem
« certam et indubitata liberalitate remittit⁴. »

Il semble bien que cette notion du pacte rémissoire soit celle que l'on rencontre dans la loi des Douze Tables⁵. En effet la Loi connaît un pardon sans forme :

Gell. N. A. 20.1.46-47 : « Erat autem ius interea pacis-
« cendi, ac nisi pacti forent... »

Tab. VIII. 2. « Si membrum rupsit, ni cum eo pacit
« talio esto... »

Une constatation s'impose : la *manus iniectio iudicati* pouvait donc, à l'époque des Douze Tables, être arrêtée

1. Cf. Sulp. Sev. *uit. S. Mart.*, *praefat.*, § 5 « Apud me ipse decidi (je me suis mis en paix avec moi-même — ich bin mit mir in's Reine gekommen) ut soloecismis non erubescerem. »

2. L'inchoatif *paciscor* a le même sens que *pacere* usité dans la loi des Douze Tables — conclure un accord. Cf. Ernout et Meillet p. 685.

3. Cf., 2.14.44; 35.2.3.1. Voy. Bas., 38.15, sc. I, *Hib.*, 3, p. 782 πάκτων καλεῖ τὴν διαλυσιν (*pactum uocat transactionem*).

4. Cf. sur ce texte, Brenkmann apud Peters, dans *ZS*, 32, p. 376 [*donationis causa*]; [*liberalitate*], selon Pringsheim, *ZS*, 42 (1921), 288, interpolation qui est, à nos yeux, loin d'être démontrée.

5. Cf. dans un sens différent Georgesco, *Leges priuatae*, p. 222 et la bibliographie résumée.

par un simple pacte à la différence de l'*actio iudicati* du droit postérieur. Or, il nous apparaît que le pacte des Douze Tables était un pacte de rémission, comme l'a vu justement Rudorff¹, car il supprimait et rachetait l'action privée de la même manière que dans l'hypothèse du vol et de l'injure : le *iudicatus* qui ne s'exécutait pas commettait un délit et attirait sur lui la vengeance du créancier; et c'était pour cela que l'action pouvait être éteinte de la même façon que les actions purement pénales, s'éteignant *ipso iure* par le pardon sans forme de la victime.

Une preuve directe nous est fournie par le fait que les sources postérieures maintiennent la validité du *pactum donationis causa* pour le *iudicatum*, alors qu'elles excluent par ailleurs la transaction :

Consult. 7.6. « Item ex corpore Pauli de pact. et
« conuentis : Post rem iudicatam pactum, nisi donatio-
« nis causa interponatur, seruari non potest. »

Voy. Paul. *Sent. I. I. 5a.*

Il est permis de conclure que le *pactum donationis causa* n'est autre que le pacte de pardon de la loi des Douze Tables. Ce qui le prouve en effet, c'est que seul le pacte de remise gracieuse a continué à être autorisé, dans le droit postérieur, ce qui nous permet d'identifier, sinon avec certitude, du moins avec beaucoup de probabilité, un tel pacte avec celui beaucoup plus ancien attesté par la loi des Douze Tables dans la *cāusa iudicati*. La définition d'Ulpien, liv. 50 *ad. ed.*, à laquelle les compilateurs ont attaché une si grande importance, qu'ils l'ont insérée en tête de leur titre de *trans-actiōibus*, nous a conservé le sens originaire de *paciscor*.

III. — Si l'on confronte les résultats auxquels nous sommes parvenus, il faut dire que le verbe *decidere* dans l'expression *pacto decidere* a le sens secondaire de transiger puisque le pacte de pardon pur et simple est au contraire autorisé *donationis causa* dans les actions à *liliscroissance*, au moins dans l'*actio iudicati*; mais c'est à bon droit que Rudorff l'entend de toutes, car les sources ne permettent

1. *Op. cit.*, p. 335.

pas de distinguer entre elles¹; la généralité des *sententiae* 1.19.2 indique que la règle doit être appliquée de la même façon à toutes les actions qui croissaient au double *aduersus infilianlem*.

Le *pacto decidere* est la transaction accomplie par un simple pacte, indépendamment de toute prestation et, qui n'aurait d'autres effets juridiques que n'en ont ordinairement les pactes simples si, précisément par une dérogation exceptionnelle à ces règles générales, toute efficacité ne lui était point enlevée.

Quant à la transaction réalisée par le moyen d'une stipulation, nous rencontrons à son sujet une question délicate. Le texte des *Sententiae Receptae* interdit le pacte de transaction dans l'action à *litis*croissance. Faut-il dire que si la transaction prenait la forme d'un contrat verbal et était coulée dans le moule de la stipulation, elle devenait pleinement valable?

En ce qui concerne toujours l'*actio iudicati*, Rudorff fait remarquer² que la clause de stipulation générale *ea quae supra scripta sunt, si recte dari fieri stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius*, que l'on avait soin d'ajouter à la fin des actes de transaction³ ne pouvait avoir aucun effet, car le débiteur ne promettait par là que ce qu'il s'obligeait à donner aux termes du pacte et il ne s'engageait à rien par celui-ci puisqu'il était nul. La *promissio* était donc vide et la clause promissoire non valable. Aucune novation ne pouvait se produire, car elle exigeait au moins une obligation antérieure même démunie d'action. C'est en ce sens qu'il faudrait entendre la constitution au C. Gregor. 2.11 *de transact.* 1 (*consult.* 9.8.)⁴ Il faudrait d'autant plus comprendre ce texte dans le sens indiqué par Rudorff que la *cautio transactionis* ne serait pas seulement à rapporter ici à la transaction mais à la clause de la stipulation où elle était contenue⁵.

1. *Op. cit.*, p. 293.

2. *Op. cit.*, p. 336.

3. Cf., D., 2.14 *de pact.*, 7, § 12; 17.2. *pr. soc.*, 71. *pr.*; 45.1. *de V. O.*, 122, § 1; 134, § 13; 140. *pr.*; C., 2.4, *de transact.*, 6.9.17.

4. Cf. ci-dessous, p. 112.

5. Cf., D., 2.14, *de pact.* 7.16. Et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, seruanda non est, sed omnimodo rescindenda. »

Au contraire, la stipulation aquilienne *quidquid le mihi iudicati dare facere oportet quanti ea res est tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius spondit Numerius Negidius* semble conserver toute sa valeur : la novation est juridiquement constituée, car son efficacité a pour fondement non pas la transaction — qui est nulle — mais la sentence elle-même. L'*actio iudicati* est détruite pas cette novation et si la stipulation aquilienne est suivie en outre d'une acceptilation, l'action *ex stipulatu* qui avait été substituée à l'*actio iudicati* est elle aussi éteinte. Peu importerait, remarque Rudorff, que l'*acceptilatio* eut pour but de réaliser une donation¹ ou fut faite à titre de transaction. En fait, l'adjonction d'une stipulation aquilienne était chose fréquente dans la transaction², mais celle-ci ne formait que le motif et non l'objet de la stipulation et de la novation. Quant à la stipulation, elle demeurerait alors un acte unilatéral, distinct du pacte de transaction et ne pouvait pas, de ce fait, être affectée par la nullité du pacte. Décisif est à cet égard :

C. 2.4. *de transact.* 32 : « Si causa cognita prolata
« sententia, sicut iure traditum est, appellationis uel
« in integrum restitutionis solemnitate suspensa non
« est, super iudicato frustra transigi non est opinionis
« incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et
« acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem
« peremisti, praeses prouinciae usitato more legum
« rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit. »

On a voulu, dit encore Rudorff, déduire de ce passage, rapproché du fr. de Paul *ex his causis, quae infiltatione duplantur pacto decidi non potest*, la règle que la transaction était valable après une décision de justice, si elle était faite dans les formes de la stipulation. Pourtant il ne convient pas de distinguer entre le *pactum* et la *stipulatio*, mais entre la clause d'extinction rémissoire et la clause d'extinc-

Mais l'interpolation soupçonnée depuis fort longtemps, démontrée par Eisele, *ZS*, 30 (1909), pp. 99-100, pour qui le paragraphe tout entier semble être des compilateurs, est acceptée par Kr.

1. D., 39.5 *de donat.*, 17. Nous savons que le pacte de transaction *donationis causa* lui-même est valable, sur l'*a. iudicati* et les autres actions à litis croissance.

2. D., 2.15.15; Paul, *Sent.*, 1.1, § 3, D. *ead.*, t. 2 (Ulp., 1.74, *ad ed.*).

tion promissoire. En effet, il résulte du fait que la stipulation générale examinée ci-dessus n'est pas licite, que la forme de la transaction n'est pas déterminante et qu'il ne suffit pas d'habiller un pacte de transaction en stipulation pour lui donner efficacité juridique. Aussi bien la règle de la nullité de la transaction après jugement n'aurait eu, en droit romain aucune signification pratique, s'il en avait été autrement, puisque, comme nous l'avons déjà vu, l'usage romain était d'ajouter ces deux clauses d'extinction aux actes de transaction. De ces deux clauses, la première était valable, le seconde ne l'était pas.

Nous croyons, pour les raisons qu'il indique, pouvoir suivre Rudorff sur ces points. Il nous semble en effet que l'on ne doit nullement tenir pour déterminante — au point de vue de la validité de la transaction — l'emploi d'une stipulation. Une preuve directe nous en est fournie par le C. Th., au sujet de la stipulation pénale que les anciens juristes recommandaient d'employer comme moyen de se garantir contre la nullité d'un contrat :

Consult. 9.1. Ex corpore Hermogeniani. « Post sententiam pacisci non licere iuris ordine praecautur. « Unde cum supplicans inique se oppressam et post sententiam sacri auditorii depactum esse commoret, amota poena, quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeuiderit, legum auxilio consulat supplicanti. » a. 365.

Il ne paraît pas douteux que les mots *amota poena* fassent allusion à la peine contenue dans une *stipulatio*, qui sera écartée par le juge parce que le pacte — entendons par là le fait de pactiser au sens large — a été fait contre le droit.

Ce texte nous conduit à une première conclusion.

L'expression *pacto decidere*, dans le texte des *Sentenliae* ne doit pas s'entendre dans son sens littéral de « transiger par un pacte », mais dans celui de « transiger » tout simplement. Les fondements de l'institution juridique (exclusion de la transaction) sont plus profonds que ne le serait une simple défense ne concernant que la forme de la transaction

Ce que l'on exige n'est pas la régularité formelle de cette transaction, mais l'abstention à peu près totale, nous l'avons vu, du recours à un arrangement privé *transigendi causa*. Quant au mot *pacto* dans cette expression, il faut peut être trouver en lui un vestige historique d'un temps où toutes les actions citées par Paul comme croissant au double *aduersus infitiantem* étaient des actions pénales et où il s'agissait, à leur sujet, d'accomplir l'acte que traduit le verbe *pacisci* qui d'ailleurs lui aussi prendra plus tard le sens de « transiger » et deviendra synonyme de *decidere*. Le *pactum* survenant sur une action pénale était avant tout un pacte de pardon, de rémission, le désintéressement de la victime n'ayant qu'une place secondaire et passant toujours après son ressentiment. Mais si le but intéressé n'apparaissait qu'à peine dans l'ancien *pactum*, au contraire il est devenu primordial dans la transaction du droit subséquent. A l'époque classique, nous le savons par Gaius 4.9. l'action à *litiscroissance* n'est plus purement pénale : on poursuit par elle à la fois la *res* et la *poena* et c'est à la *res* que s'appliquent surtout le *decidere*, la transaction dans son nouveau sens. Dans l'expression *pacto decidere*, le premier mot correspond donc à l'ancien état de choses, au fait de pactiser sur une action pénale (ancienne action à *litiscroissance*), le second se rapporte plus directement à l'élément nouveau (*res*) apparu dans l'action qui croît au double *aduersus infitiantem* et il concerne la transaction, c'est-à-dire un acte conclu dans un but intéressé d'ordre primordial.

Nous devons enfin signaler à cette place une curieuse conséquence de la nullité de la transaction dans notre matière. Alors en effet que la répétition de l'indû est interdite dans les actions à *litiscroissance*, le débiteur qui a transigé sur l'*actio iudicali* peut, ou bien imputer la somme payée par lui sur la dette née du jugement, même lorsque celle-ci provient d'une demande d'aliments et que la transaction avait été faite sans l'autorisation du magistrat, hypothèse où elle était doublement nulle, ou bien exercer la *condictio indebiti* pour réclamer ce qu'il a payé au titre de la transaction nulle, sauf pour le créancier, dans ce dernier cas, le droit de requé-

rir la compensation des deux dettes ou de faire valoir la rétention de l'objet du paiement en garantie de sa créance. La première solution est donnée par :

Consult. 4.11.— C. Hermog. IV *de pact. et transact*
3 Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Zeuxiano Antonino —
« Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur. unde
« si pater tuus condemnatus iudicio post transegit et
« soluit, solutione magis quam transactione tuum de-
« fende negotium. » PP. XVIII kal. Ian. ipsis AA. Coss.
(a. 293).

car le paiement, dit Rudorff¹, contient implicitement une exécution du *iudicatum* (*iudicatum facere*). La deuxième solution est indiquée par :

D. 12.6.23.1. : « Si post rem iudicatam quis transe-
« gerit et soluerit, repetere poterit idcirco, quia placuit
« transactionem nullius esse momenti... retineri tamen
« atque compensari in causam indicati, quod ob talem
« transactionem solutum est, potest². »

Il faut donc avoir bien soin de distinguer, en ce qui concerne la *condictio indebiti* exercée dans un cas de *litis*-*croissance*. L'indû à répéter a-t-il été payé au titre lui-même de la créance que l'action à *litis*-*croissance* aurait pour but de poursuivre, alors la répétition est écartée, nous le verrons dans le prochain chapitre. Au contraire, l'indû a-t-il été payé au titre d'une transaction frappée de nullité, dans ce cas la *condictio indebiti* est donnée à l'auteur du paiement.

*
* *

Il convient de passer maintenant les divers cas de *litis*-*croissance* en revue pour rechercher le fonctionnement et les origines de la règle étudiée.

Il faut, croyons-nous, commencer par l'*actio iudicati* d'abord et l'*actio ex testamento* ensuite, car ces deux cas de *litis*-*croissance* sont ceux sur lesquels les sources nous four-

1. P. 341.

2. Interpolations [*retineri-fin*], Vassali, *Studi. Senesi*, 30 (1914), 28; Biondi, *Compensazione*, 181, n. 4, 195, 308. Nous repoussons ces prétendues interpolations.

nissent le plus grand nombre de renseignements relatifs à l'application qui leur est faite de la règle des *Sent.* 1.19.2. Nous continuerons par l'*a. depensi* et l'*a. leg. Ag.*, auxquelles feront suite les actions à *litiscroissance* du droit post-classique.

Actio iudicati

Les textes sont ici nombreux à exposer la règle de l'interdiction du *pacto decidere* sur l'*actio iudicati*. Ils posent, en premier lieu, l'interdiction du pacte *ab inuitis uel contra leges constitutionesque*.

Consult. Uel. 1.7 : « ex
« corpore Gregoriani lib.
« II : Imp. Antoninus A.
« Iuliae Basiliae. Pacta,
« quae ab inuitis¹ con-
« tra leges constitutio-
« nesque fiunt, nullam uim
« habere indubitati iuris
« est. PP. V. kal. Aug.
« Antonino A.1111 et Al-
« bino cons. a.213. »

Consult. 7.4 : Pauli
« *Sentent.* 1 lib. de *pact.* :
« Nec contra leges nec
« contra bonos mores pa-
« cisci possumus. 5. item
« eod. lib. et tit. : Pactum
« contra ius aut constitu-
« tiones aut s. c. interposi-
« tum nihil momenti ha-
« bet. 6. item ex corpore
« Pauli de pact. et conuen-
« tis : *Post rem iudicatam*

C. Just. 2.3 de *pact.* 6 :
« Imp. Antoninus A. Iu-
« liae Basiliae : Pacta,
« quae contra leges cons-
« titutionesque uel contra
« bonos mores fiunt, nul-
« lam uim habere indu-
« bitati iuris est... »

Paul. Sent. 1.1.4 : « Cf.
« § 5 en face. 5. De rebus
« litigiosis et conuenire et
« transigere possumus. 5 a,
« cf. § 6 en face.

1. Faut-il restituer ici le mot « uel » ? Krueger, *Collectio*, 3, p. 203, se prononce pour la négative et se sépare ainsi d'Huschke et de Girard. Le mot ne figure pas non plus dans la transmission de Justinien, les compilateurs ayant d'ailleurs supprimé *ab inuitis*.

« *pactum, nisi donationis*
 « *causa interponatur, seruari*
 « non potest. »

Consult. 4.3. : « Paulus
 « sentent. lib... Functio do-
 « tis pacto mutari non
 « potest, quia priuata co-
 « nuentio iuri publico nihil
 « derogat... 5 Enimvero
 « si de re iudicata aliqua
 « pactio interponatur, sta-
 « re legibus non potest. Ad
 « quam pactionem exclu-
 « dendam harum Pauli
 « sententiarum proferes
 « lectionem. »

Paul. Sent. 1.1.6. : « Func-
 « tio dotis pacto mutari
 « non potest, quia priuata
 « conuentio iuri publico
 « nihil derogat. »

On voit par ces premiers textes que l'interdiction de transiger est rattachée à une prescription d'ordre public à laquelle on ne déroge point par une convention privée. On ne doit rien faire contre la loi ou les bonnes mœurs, contre le *ius* ou contre les constitutions' du prince. Mais on ne peut pas dire que, par un rapprochement intéressant à noter, les *leges constitutionesque* sont mises sur le même rang que la volonté privée (*ab inuitis uel contra leges*), la même nullité atteignant les pactes faits contre le gré de quelqu'un et ceux conclus contre les lois.

La restitution du mot « uel » paraît en effet très douteuse dans le premier texte.

Consult. 9.8. Ex corpore
 « *gregoriano* : « Imp. Antoni-
 « nus A. Prisciano militi :
 « Summa sententia com-
 « prehensa, quam cessanti-
 « bus curatoribus quondam
 « tuis iudex, secutus iurisi-
 « urandi a te perlati religio-
 « nem, in condemnationem

C. Just. 5.53 de in lit.
 « *iurando*. 3 : « Imp. Anto-
 « ninus A. Risciano mi-
 « liti : Summa senten-
 « tia comprehensa, quam
 « ces santibus curatoribus
 « quondam tuis iudex iu-
 « dex secutus iurisiurandi
 « a te prolati religionem

« de duxit, minui pacto non
 « potuit : ac propterea su-
 « blata cautione transac-
 « tionis, quae nullo iure
 « interposita est, Septi-
 « mius Ualerianus rem iu-
 « dicatam exsequatur. »

« in condemnationem de-
 « duxit, minui pacto non
 « potuit. » PP. XI k. *Iul.*
Laeto 11 et Cereale cons.
 (a.215).

Consull. 9.11 : « Imp,
 « Alexander Aurelio Dio-
 « nysio : Cum postea-
 « quam aduersarius ma-
 « tris tuae uictus esset,
 « matrem tuam circumue-
 « nerit ut pacisceretur, nul-
 « lam se controuersiam de
 « seruis moturam, id pac-
 « tum mala fide factum ir-
 « ritum est. Et cum ex ea
 « conuentione cum matre
 « tua agi coeperit, iudex
 « eam liberabit, quia de
 « re iudicata pacisci nemo
 « potest. » (a.222.)

C. de Just. 2.3 de pact. 8
 « (9)... Cum posteaquam
 « aduersarius matris tuae
 « uictus esset, matrem
 « tuam circumuenerit, ut
 « ei caueret nullam se
 « controuersiam de seruis
 « moturam, id pactum ma-
 « la fide factum irritum
 « est, et cum ex ea conuen-
 « tione cum matre tua agi
 « coeperit, iudex eam li-
 « berabit. »

Il serait certes important de savoir quelle était la *controuersia de seruis* dont il était question dans ce dernier texte. S'agissait-il d'un délit de la loi Aquilia? Il est malheureusement impossible de répondre à cette question.

Les deux textes qui viennent d'être reproduits sont intéressants en ce qu'ils permettent d'établir par la comparaison de la *Consullatio* et du Code de Justinien que la solution juridique en vigueur à l'époque classique était celle de l'exclusion du pacte minutoire et du pacte de renonciation arraché par tromperie, dans la *causa iudicali*. Cette solution semble avoir été conservée par les compilateurs du code de Justinien, bien qu'ils aient supprimé les finales

des rescrits où se trouvait formulée la règle d'une façon plus nette. Un autre rescrit a subi pourtant des remaniements tellement profonds à ce sujet, qu'il est permis de douter de la survivance de la prohibition du pacte en pareille matière, sous Justinien :

Consult. 9.14. Ex cor-
 « pore Gregoriani : Impp.
 « Valentinianus et Gallie-
 « nus AA. Valerius Caesar
 « Aurelio : Praeses provin-
 « ciae aestimabit utrum de
 « dubia lite transactio in-
 « ter te et ciuitatis tuae
 « ordinem facta sit, an de
 « re iudicata; quia de re
 « iudicata pacisci nemo po-
 « test (a.259).

C.2.4. de transact. 12....
 « Praeses prouinciae aes-
 « timabit, utrum de dubia
 « lite transactio inter te et
 « ciuitatis tuae adminis-
 « tratores facta sit, an
 « ambitiose id, quod indu-
 « bitate deberi posset, re-
 « missum sit. nam priore
 « casu ratam manere tran-
 « sactionem iubebit, pos-
 « teriore nocere ciuitati
 « gratiam non sinet.

Il apparaît avec évidence que la solution originale du rescrit, expliquée par la phrase *quid de re iudicata pacisci nemo potest*, est complètement modifiée au Code de Justinien et ce dans le but certain d'écarter la règle ancienne de l'exclusion de la transaction. Le *praeses* devra encore rechercher si la transaction a été faite sur une *lis dubia*, mais si la dette sur laquelle elle a porté était certaine, quelle serait désormais la solution? Les compilateurs se bornent à dire qu'il ne sera point permis au *praeses* de porter tort, par sa décision, aux intérêts de la cité. Qu'est-ce à dire? Il semble qu'il faille voir là une décision d'espèce. Qu'adviendrait-il en effet si la transaction était avantageuse pour la cité? Ne faut-il pas dire qu'en ce cas la règle de l'interdiction du pacte sur la *causa iudicati* eût été emportée?

Nos doutes se précisent et paraissent trouver une confirmation expresse dans le texte célèbre :

D. 2.14. de *pactis* 7.13 (*Ulp. lib. quarto ad ed.*) :

« Si paciscar ne pro iudicati uel incensarum aedium
« agatur, hoc pactum ualet¹. »

L'interpolation nous paraît ici évidente. Outre les textes déjà reproduits qui attestent que toute autre était la règle du droit classique (voy. la constitution au C. Greg. XI.I., de l'année 215 et celle à la *Consult.* 9.11. de l'an 222, ci-dessus p. 205), nous avons, pour l'extrême fin de l'époque classique des textes non douteux et formels en sens contraire :

Consult. 9.16 *Ex corpore Gregoriani* : « Imp. Alexander Donato militi. Si certa quantitas in condemnationem iudicii deducta fuerit, pacisci exinde non
« posse (a.225)². »

Consult. 9.15 *Item ex corpore Gregoriani tit. de transact.* : « Imp. Gordianus A. Flauio Herculano : Super
« iudicato non subsecuta appellatione frustra transigi
« non est opinionis incertae (a.240).

Il en était encore de même à la fin du iv^e siècle³ :

Consult. 9.1. *Ex corpore Hermogeniani* : Impp.
« Valens et Valentinianus AA. ad Volusianum praefect.
« urb. : Post sententiam non licere iuris ordine prae-
« cauetur... » (a. 365)

Aucun doute n'est donc permis. Le *pro iudicati* dont l'origine byzantine est apparue à Lenel⁴ n'est pas la seule altération du texte d'Ulpien, liv. 4 *ad ed.* : la conclusion *hoc pactum ualet* provient elle aussi de Tribonien⁵.

Notre embarras reparaît toutefois devant les textes du Digeste qui donnent formellement la solution contraire :

D. 2.15.7 (*Ulp. lib. septimo disputationum*) : « Et
« post rem iudicatam transactio ualet, si uel appellatio
« intercesserit uel appellare potueris. Si fideiussor conuen-

1. Cf. sur ce texte la littérature abondante indiquée par Wenger, *Zur Lehre v. d. a. iudicati*, p. 87 et ss.

2. Cf. sur ce texte, Pernice, *ZS.*, 19, p. 150, n. 4.

3. Pour le début du iv^e siècle, cf. C. Hermog. IV, 3, ci-dessus, p. 202.

4. Cf. Lenel³, p. 446.

5. Voy. en sens contraire, Eisele, *Abhandlungen*, p. 183 et s. et sur cette opinion repoussée d'une façon qui laisse passer néanmoins un léger doute, Wenger, *op. cit.*, pp. 90-91.

« tus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum
 « eo, cui erat fideiussor condemnatus : an transactio
 « ualeat quaeritur : et puto ualere, quasi omni causa
 « et aduersus ream et aduersus fideiussorem dissolu-
 « ta. si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit,
 « *etsi transactio non peremit rem iudicatam*, tamen eo
 « quod datum est releuari rem iudicatam oportet.
 « Usque adeo autem quod datum est etiamsi non pro-
 « ficit ad transactionem, extenuat tamen rem iudica-
 « tam¹... »

D. 2. 15.11. (*Ulp. lib. quarto ad ed.*) « Post rem iudi-
 « catam etiamsi prouocatio non est interposita, tamen
 « si negetur iudicatum esse uel ignorari potest, an
 « iudicatum sit : quia adhuc lis subesse possit, tran-
 « sactio fieri potest². »

D. 12.6.23.1. : « Si post rem iudicatam quis transe-
 « gerit et soluerit, repetere poterit idcirco, *quia pla-*
 « *cuit transactionem nullius esse momenti*... (voy. ci-
 « dessus, p. 202)³.

On peut à l'examen de ces textes, dégager la doctrine des compilateurs du Digeste : ils maintiennent la règle de la nullité de la transaction sur la *causa iudicati*. Seule échappe à cette nullité, nous l'avons vu (p. 193), la transaction, réalisée par le moyen d'une stipulation aquilienne suivie d'une acceptilation, ce qui est un résultat obtenu grâce à l'efficacité de la novation de la dette issue de la sentence, novation elle-même produite par la stipulation aquilienne. Mais une condition expresse — qui d'ailleurs remonte au droit classique, puisqu'on la trouve dans un rescrit de la fin de la

1. Interpolations : le président Fabre soupçonnait déjà la phrase [*Sic dissoluta*] et même jusqu'à *oportet* de trahir la main de Tribonien. Cf. *Ration. ad. h. l.* (1.252). Quant à la solution indiquée au texte *puto ualere*, elle a été principalement étudiée par Eisele, *ZS*, 30 (1909), pp. 100 et s. Voy. aussi Rotondi, *Scripti Giur.*, 2.331, n. 1 [*et condemnatus*]; [*eo-condemnatus*] < *actore* > ; puto < *non* > ; [*quasi*] Guarneri-Citati, *Miscellanea esegetica* 1, 4 [*tamen-fin*]. Le paragraphe 2 est tout entier suspect aux yeux d'Antoine Fabre. Voy. en outre Beseler, 3.44.

2. Interpolation de *si-uel*, pour Naber, *Mnem.*, 1898, 276, n. 1 ; de [*vel-sil*] pour Guarneri-Citati, *Misc. exeg.*, 1.5.

3. Pas d'interpolation dans l'extrait ci-dessus.

période classique¹ — est empruntée à Ulpien, lib. 7 *disputationum* : il faut qu'au moment où la transaction est faite, la sentence n'ait pas encore le caractère de certitude absolue qui fait défaut à la *lis dubia*, ce qui sera le cas si l'appel a été interjeté ou est encore possible. D'une façon même plus large qui devait rendre facile la violation de la prohibition légale, il suffisait même pour rendre valable la transaction que le *iudicium* fut nié ou que son existence fût ignorée par le *iudex* : une contestation demeurant encore possible, le procès n'étant pas terminé de ce fait, les parties pouvaient s'entendre, si bien qu'il était certainement facile en tout état de cause de faire tenir une transaction juridiquement nulle en alléguant ou l'ignorance de la décision intervenue ou une nullité de celle-ci ou enfin en soutenant qu'aucune sentence n'avait été rendue. Quant à la décision d'Ulpien dans l'hypothèse où un *fideiussor* ayant été poursuivi et condamné à la requête du créancier, le débiteur principal transige avec le créancier, elle est avant tout une décision équitable : il serait au plus haut point injuste que la transaction fût valable au regard du débiteur principal parce qu'il n'existait point encore contre lui de décision judiciaire définitive, et qu'elle ne le fût pas également au regard du *fideiussor* à l'encontre duquel une condamnation a été déjà prononcée². Mais le principe selon lequel la transaction n'a aucune influence sur la *res iudicata* est expressément affirmé dans le cas où c'est le *fideiussor* lui-même qui a transigé.

Nous croyons, en résumé, qu'il ne faut pas conclure, sur tous les développements qui précèdent, dans le sens un peu trop radical adopté par M. Wenger. Cet auteur, tout en se défendant d'y voir une certitude, pense que l'*exceptio pacti ne iudicali agatur* était inadmissible en droit classique,

1. Voy. rescrit de 259, p. 200, et comp. avec celui de 215, ci-dessus.

2. Cette solution a-t-elle pourtant été celle d'Ulpien? Voy. à ce sujet, Eisele, *l. c.*; Rotondi, *scr. giur.*, 2, p. 331, n. 1 explique la solution comme une application de la maxime générale selon laquelle, à l'époque classique, les exceptions du débiteur principal profitaient au *fideiussor*. Sur le pacte *in rem* de l'époque de Justinien, voy. le résumé de Rotondi, chez Cug, p. 625.

qu'Ulpien, lib. 4 *ad ed.* (D. 2.14.7.13) avait écrit *hoc pactum non ualet*, mais que, pour Ulpien comme pour Paul (Sent. 1.19.2 et 1.1.5a) l'inefficacité du *pactum* contre l'*actio iudicali* était liée à la *litiscroissance*, d'où les compilateurs devaient supprimer cette prohibition, puisque dans les compilations de Justinien, l'*actio iudicali* n'est plus un cas de *litiscroissance*. Ainsi le *pactum non ualet* serait devenu, avec la disparition de la raison de la négation, le *pactum ualet* de D. 2.14. 7.13. La vérité est légèrement différente. Sans doute l'interpolation de ce texte nous semble-t-elle indiscutable, mais a-t-elle eu lieu pour le motif indiqué par M. Wenger? Rien n'est plus discutable pour les raisons suivantes :

1° En réalité, la disparité des solutions du Digeste et du Code indiquent que les compilateurs n'ont pas eu une doctrine très ferme sur la règle de l'exclusion de la transaction dans la *causa iudicali* : ils ont fortement hésité, consacrant des solutions contradictoires, mais le dessin général de l'institution a été laissé intact par eux, ainsi qu'il résulte des derniers textes étudiés.

2° L'*actio iudicali* — et moins encore la *litiscroissance* — ne sont pas passées dans la procédure extra *ordinem*¹. Or, la *Consultatio* (9.1.) nous a transmis une constitution de 365 où le maintien de la règle de l'exclusion du pacte est encore affirmé; donc à une époque où la *litiscroissance* a disparu du cas particulier qui nous occupe, la règle survit, affirmant par là sa pleine indépendance vis-à-vis de la *litiscroissance*.

3° Nous avons vu que l'institution de la *litiscroissance* était très mal comprise à l'époque de Justinien². Les compilateurs ont pu commettre la même erreur que les auteurs qui comme Sell, Rudorff et Wenger, s'imaginent que l'interdiction du pacte était une conséquence rigoureuse et nécessaire de l'action à *litiscroissance*. Ils ont pu ainsi supprimer les affirmations formelles de la règle, mais la meilleure preuve

1. Ci-dessus, p. 62.

2. P. 124.

que ce faisant ils ne commirent qu'une erreur sans portée c'est que, par la force même des choses, la règle reparait partout dans ses applications pratiques (voy. les textes ci-dessus C. 5.53.3., C.2.3.8. (9), D.2.15.7., D.2.15.11. D. 12.6.23.1., D.12.6.23.3.). Seule l'hypothèse de C. 2.4.12. est douteuse¹.

Quant aux origines de la règle, question à laquelle nous a naturellement conduit l'étude de la précédente, elles sont très discutées. Dans l'ensemble de la littérature, nous pensons qu'il est possible de distinguer deux courants principaux : l'un qui, avec Bulow² et Ertmann³ rapporte la prohibition de la transaction à l'autorité de la chose jugée; l'autre qui, avec Pernice⁴ fait ressortir le point de vue du droit privé qui serait celui des jurisconsultes romains. Il nous faut en dire quelques mots.

Les sources révèlent en effet une double explication du fondement de la règle :

Consult. 7.2. « Dum igitur contra legum iurisque
« ordinem ueniens iustam arbitrii ignorauit custodire
« mensuram, quae tanta duarum personarum digni-
« tas potuit reperiri, aut quae intra regionem tanta
« fuit defectio iudicantium, ut nec triumvirale iudi-
« cium etiam de rebus iudicatis male paciscentium non
« tam electio, sed, quod uerius dici constat, facilitas
« eligeret? De rebus enim iudicatis soli principi et con-
« tra iudices licuit iudicare, aut si ita conuenerat, ut
« iudicii uinculum solueretur. Ergo pactio ipsa iudicii
« ordinem et constitutionem infirmat, quae discingit,
« quod tamen non paciscendo, sed donando fieri po-

1. Notre règle se retrouve dans les scolies des Bas., sous C.5.53 *de in litem iurando*, 3; Heimbr., 3, p. 782; Bas., 38.15, sc. 2.

οὐ δεχόμεθα τὴν ἀπὸ τοῦ συμ-
φώνου μείωσιν] Οὐδὲ γὰρ ἔξεστι με-
τὰ κατὰ κρίσιν διαλύεσθαι.

« Non admittimus deminutio-
« nem— quae fit ex pacto!]. Neque
« enim transigere licet post con-
« demnationem. »

2. Archiv. f. d. civil, *Praxis* LXXXIII.

3. *Vergleich*, p. 188 et ss.

4. *ZS*, 19, p. 149 et ss. Voy. en outre contre la distinction faite par Bulow du *Rechtskraftverzicht* et du *Verzicht auf die actio iudicati*, Pergament dans *ZS*, 16 (1895), p. 356-357.

« tuisset, secundum sententiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita semper ualiturae ac diuinae constitutio declarauit. »

La pensée de l'auteur ne peut faire doute : le juriste songe à la convention par laquelle les parties, dans un litige, décident de compromettre après la sentence devant deux arbitres. Le début du passage se rapporte à la méfiance exprimée à l'égard de la fonction arbitrale. L'arbitre dépasse la limite de sa fonction lorsqu'il est appelé, aux termes d'un accord d'une impardonnable légèreté, à toucher à une décision judiciaire *dont le prince seul connaît pour l'apprécier*. Quel mérite a-t-on pu trouver chez deux personnes ou quelle fut, dans la région, la défaillance de ceux qui jugent, pour que, sans recourir à un *triumvirale iudicium*, le choix des premières soit dicté moins par la préférence personnelle que par une raison respectable? Même lorsque ces hommes inspireraient crédit, il leur manquerait cependant encore la puissance publique et le pouvoir de réviser un jugement déjà prononcé : là est l'idée essentielle car il faut souligner avant tout que l'autorité publique, c'est-à-dire le prince seul a qualité pour cela¹.

C'est avec raison que Rudorff fait remarquer que cette opinion n'est pas personnelle au juriste et qu'il faut y voir une idée généralement répandue dont une application est faite au Code Théodosien², dans un rescrit de Valens et Valentinianus déjà rencontré.

1. Comp. Consult., 7.9, cité par Rudorff, p. 342, n. 64 *in fine*.

2. Cf. Rudorff, p. 343. Rudorff ne se prononce pas sur la question qui nous occupe : il se borne à indiquer les deux explications différentes qui émanent des sources, sans prendre parti quant à lui. Il constate seulement que, dans le dernier état du droit romain, le motif de la nullité de la transaction n'est que l'incertitude éliminée par le jugement, incertitude sans laquelle aucune transaction et aucun compromis, à l'exception d'une remise (*pactum donationis causa*) ne peut se concevoir. Cf., D., 2.15.1. Il réfute enfin l'opinion ingénieuse de Puchta (Cursus, 2, § 157, note f) pour qui l'inadmissibilité du pacte dans la *causa iudicati* s'explique par la considération selon laquelle on ne peut s'exonérer de la peine méritée par une action future. La transaction équivaudrait ici, dit Puchta, à un pacte fait sur un délit éventuel (*infitiatio du iudicatus*). Ce à quoi Rudorff objecte que la négation procédurière n'est pas par elle-même, abstraction faite de la *calumnia*, un délit comme le vol ou l'injure par exemple et qu'il manque à la transaction sur l'*a. iudicati* une *turpis causa* qui rend nulle la transaction sur un vol futur,

On comprend donc l'existence du courant doctrinal qui s'est manifesté pour reconnaître à l'autorité de la chose jugée le caractère d'intangibilité sans aucun doute exagéré que ne lui attribue pas, en tous les cas, le droit français actuel.

Contre cette opinion, Pernice, en des pages pleines de force, a vivement réagi¹.

Au sujet de la question de savoir si l'on peut renoncer à l'*exceptio rei iudicatae*, Pernice est amené à étudier la règle, de l'interdiction de la transaction *post rem iudicatam*. Sans doute, dit-il, il est hors de toute contestation que la chose jugée ait une autorité inébranlable (*unerschütterliches Ansehen*). Mais la portée de ce principe est très contestée.

Non seulement, dit Pernice, l'exclusion de la transaction sur la décision judiciaire n'est pas mentionnée avant Paul et Ulpien², mais encore ce dernier jurisconsulte dit expressément qu'elle a été consacrée par étapes successives (*allmählich*) et renvoie à ce sujet à un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla (*placuit transactionem nullius esse momenti : hoc enim imperator Antoninus cum diuo patre suo rescripsit*). Il est très vraisemblable en effet que ce rescrit se rapporte à la procédure de la *cognitio* et le texte d'Ulpien, s'il n'est pas interpolé³, à la justice rendue par un fonctionnaire (*quid ergo si appellatum sit uel hoc incertum sit, an iudicatum sit*). C'est donc, conclut l'éminent auteur, de la procédure extraordinaire que la règle a été transportée à la procédure de l'*ordo*, c'est-à-dire à la décision du juré. D'ailleurs, tous les fragments qui se rapportent à elle concernent visiblement des hypothèses de *cognitiones*, ainsi qu'Oertmann l'a démontré⁴ et ne la fondent jamais

En second lieu, dit Rudorff — et cet argument nous a convaincu — si le raisonnement de Puchta était vrai, la nullité eût atteint bien davantage encore la remise *donationis causa* de la peine, par laquelle l'immoralité eût été beaucoup plus encouragée encore; or, nous savons que cette remise est valable dans tous les cas de *litiscroissance*.

1. Avant Pernice, la même idée avait été soutenue déjà par Sell, *op. cit.*, p. 62 et 63 principalement, et Vangerow, *Leitfaden*, 3, p. 489.

2. Cf. D., 12.6.23, § 1, ci-dessus, p. 202.

3. Ci-dessus, p. 202.

4. Cf. Vergleich, p. 198 et ss.

sur l'*auctoritas rei iudicatae* : ils paraissent indiquer plutôt que l'impossibilité de la transaction vient de ce que l'on ne transige point sur quelque chose de certain, sur ce qui est solidement établi (*Gewisses, Feststehendes*). Quatre arguments le prouvent :

1° Avant tout la règle n'est pas exposée à propos de la sentence, mais au sujet de la transaction, ce qui révèle déjà qu'elle constitue une condition mise à la validité de la transaction et non pas l'un des effets de la sentence.

2° Les sources limitent son application au cas où le jugement est définitif et où une voie de recours, par conséquent, ne peut être suivie contre lui.

3° Les empereurs dans leurs constitutions soulignent que la *summa comprehensa* ne doit pas être diminuée, la *certa quantitas in condemnationem deducta*¹ ne peut pas être modifiée. Le facteur décisif de la nullité de la transaction est donc la reconnaissance définitive du montant de la dette dans la sentence.

4° Enfin la transaction interdite *post rem iudicalem* est celle qui n'est point faite sur une *lis dubia*, car il suffit, pour qu'elle devienne licite, qu'une contestation soit encore possible.

Et Pernice rentre dans l'exposé de sa doctrine connue sur la possibilité de renoncer, en droit romain classique, à l'*exceptio rei iudicatae* sans qu'il soit suppléé par voied'autorité au défaut d'initiative du défendeur. Nous ne le suivrons pas dans ses développements intéressants. Les précédentes constatations nous suffisent. Elles sont, en apparence, exactes.

Il est certes bien vrai que les textes qui attestent la règle de l'impossibilité juridique de la transaction ne sont point postérieurs au début du III^e siècle et ne sont autres que des rescrits rendus dans des procédures étrangères à l'*ordo*. Pourtant, si l'on prend soin de les lire attentivement on s'aperçoit qu'ils font mention d'un principe absolument général, établi depuis longtemps². Le rescrit de 293, au C. *Her-*

1. Voy. ci-dessus, p. 207, *Consult.*, 9.16.

2. Voy. les finales identiques des rescrits de 222 et de 259, ci-des., p. 205

mog. IV de pact. et transact. atteste que la règle s'appliquait à l'*actio iudicati* qui, on le sait, n'est pas passée dans la procédure extraordinaire : *Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur*... Cette constatation est déjà suffisante par elle-même pour nous inspirer certain doute sur l'extension prétendue de l'interdiction de la transaction de la procédure de la *cognitio* à celle de l'*ordo*. Mais il y a mieux.

Une remarque à la vérité d'ordre général parce que concernant toutes les actions citées par Gaius comme croissant au double *aduersus infilientem* à l'époque classique nous a frappé. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces quatre actions, toujours nous rencontrons pour fondement du droit à agir du demandeur une volonté formellement exprimée : volonté du testateur pour le legs par *damnationem*, volonté du juge dans le *iudicatum*, volonté de la loi pour l'*actio legis Aquiliae* (*quantum id in eo anno plurimi fuit tantum aes dare damnas esto*) et l'*actio depensi* (loi Publilia créant l'action uniformément au double). A partir d'une certaine époque, avec l'apparition de l'action au simple, il faut reconnaître que le droit lui-même détermine par avance le seul compromis possible dans la matière de la *litis* croissante, puisque par ailleurs, il interdit tout arrangement, pour obliger les parties à demeurer dans la double éventualité de l'action au simple ou de l'action au double. Nous rencontrons donc bien là, semble-t-il, la trace d'un compromis légal, fixé par avance : on ne descendra pas au-dessous du simple et on ne dépassera pas le double. La limite inférieure s'explique lumineusement par la volonté du mort — qui doit être respectée — dans le legs *per damnationem*; par celle du juge à laquelle on ne peut porter atteinte en diminuant le montant de la condamnation arbitrée par lui; par la volonté de la loi qui, dans l'hypothèse de la loi Aquilia, exige que l'auteur du dommage verse à la victime une somme correspondant à la valeur du bien endommagé dans la dernière année ou les trente derniers jours, et qui, dans le cas de l'*actio depensi*,

et 206, et les termes généraux de *Consult.*, 7.4 et 7.5 auxquels est rattachée la règle de *Consult.*, 7.6.

est le que débiteur principal en commettant l'acte, particulièrement grave aux yeux des anciens Romains, de violer une obligation fondée sur un service rendu, ne profite pas par une résistance malhonnête de la différence existant entre la somme réellement versée par la caution au créancier et le montant du remboursement, diminué par la transaction, effectué par le débiteur à son répondant.

Nous verrons à propos du legs *per damnationem* qu'un texte confirme expressément l'idée qui vient d'être émise au sujet du caractère de compromis de l'action au simple ou, plus exactement, de la procédure d'estimation à laquelle elle donne ouverture. Nous avons rencontré, d'autre part, à propos de l'*actio iudicati* des textes établissant d'une façon absolue le respect dû à la volonté de la loi¹.

Il est évident qu'il fallait, pour que cette volonté s'imposât, qu'elle fût absolument certaine, de nulle façon douteuse ou sujette seulement à discussion. D'où l'on s'explique dans l'hypothèse de la *lis dubia*, l'admissibilité de la transaction² qui tombait devant l'aveu ayant pour résultat de rendre le droit certain.

Bien loin de contredire la volonté de la loi ou du juge (nous ne disons pas : l'autorité de la chose jugée)³, l'exi-

1. Ci-dessus, p. 203.

2. Ajoutez aux textes déjà cités, C. Gregor., 1,10.6 : « Impp. Dioclet. et Maxim., AA. Sergiae et Anagio... » « De dubia uero lite facta transactio restindi non potest. » (a., 294).

3. L'*auctoritas rei iud.* est une institution mal et tardivement établie à Rome. Elle n'est pas antérieure à l'Empire et est restée rivée à la *litis contestatio* qui remplissait son office et demeura son modèle. Cf. Girard, *Man*, p. 1106; Giffard, *Leç. de proc.*, p. 114, dans un sens différent, Wenger, *Inst.*, pp. 208-209, pour qui les fr. de Julien chez Ulpien, D., 44.2, de *except. rei iud.*, 3 et *eod.*, t. 7.4, souvent interprétés comme exprimant l'autorité de la chose jugée doivent encore être rapportés à l'effet extinctif de la l. c. (v. pp. 178-179) bien que le fait qu'il n'y soit question ni de l'*actio* ni de l'*eadem res*, mais de l'*eadem quaestio, quae inter easdem personas reuocatur*, indique, que le jurisconsulte dépassait le problème de la l. c. Cf. enfin littérature dans Wenger, p. 207, n. 34. Si l'on admet avec Wenger (p. 204) et Lenel, p. 506, que les conditions juridiques exigées pour que puisse jouer l'*exceptio r. i.* sont les mêmes que celles de l'*exc. r. in iud. ded.* (l'unité de ces exceptions dans leur fondement, leur but et leurs règles est affirmée par Lenel³ qui reconnaît par ailleurs l'existence des deux rédactions attestées par le *Gaius* d'Autun, IV, 110), il faut dire qu'au moins pour l'époque classique l'*auctoritas r. iud.*, reposait avant tout sur l'adage « bis de eadem re ne sit actio ». Elle avait ainsi surtout une fonction négative.

gence du *certum* non seulement se concilie avec elle, mais l'explique et la confirme.

Est-ce là une hypothèse?

Nous affirmons que, dès le très ancien droit, la loi, dans le cas du *iudicatum*, interdisait la transaction et nous le prouvons : tout le monde est d'accord pour reconnaître que, dans l'ancien droit, le paiement fait pour se libérer par le *iudicatus* devait l'être dans les formes de la *solutio per aes et libram*¹. Devenu une *imaginaria solutio*, ce genre solennel du paiement passa dans le droit classique, ainsi que le dit Gaius (3.173 *receptum est*). Peu nous importe ici qu'il ne servit plus désormais qu'à réaliser une remise de dette; une preuve beaucoup plus convaincante que celles données à l'ordinaire de la réalité du paiement *per aes et libram*², nous est fournie par les termes mêmes de la déclaration solennelle prononcée par le débiteur et rapportée par Gaius 3.174 : **Hanc tibi primam postremamque expendo**. Il est évident que ces mots font allusion à un paiement véritable, car si celui qui paye précise qu'il remet la première et la dernière livre, cela ne peut se comprendre que s'il y a eu, à une certaine époque, une remise réelle de ces objets. Or, une telle formule atteste l'impossibilité de la transaction pour ce même temps : relisons en effet la formule dans son ensemble. Elle dit : *quod ego tibi tot milibus condemnatus sum... hanc tibi libram primam postremamque expendo*; il est donc impossible de ne pas voir que toute la somme à laquelle le *iudicatus* a été condamné doit être payée, de la première à la dernière livre, d'où une conséquence rigoureusement logique et formelle : l'impossibilité de la transaction qui nous trouvons nettement attestée par Gaius dans l'hypothèse du *iudicatum*.

Les sources littéraires nous offrent une confirmation de

1. Cf. Girard, *Man.*, p. 730, n. 1, p. 757; Cuq, *Man.*, p. 611-612.

2. L'épisode rapporté par Tite-Live, 6.14.5, où l'on voit Manlius Capitolinus rechercher avec ostentation la faveur populaire en payant un créancier à qui venait d'être adjugé un centurion courageux, puis libérer celui-ci *per aes et libram*, ne nous paraît pas prouver avec certitude la nécessité de l'emploi de la solennité du *per aes et libram gestum* pour la libération du débiteur.

l'idée exposée. Reportons-nous en effet au texte connu de Tite-Live 1.24.7¹.

Il a trait au fameux épisode de la lutte des Curiaces et des Horaces. Le *pater patratus* de Rome lit depuis la première jusqu'à la dernière les conditions arrêtées entre Rome et Albe et atteste les Dieux que le peuple romain ne s'en écartera pas le premier. L'intangibilité du traité est donc affirmée par la même formule : elle exclut toute modification postérieure, toute dérogation quelle qu'elle soit. Nous retrouvons donc bien là notre idée.

La *solutio per aes et libram* explique parfaitement toutes les particularités relevées jusqu'ici : elle peut servir à une remise de dette comme à un paiement réel, mais à notre sens, c'est, en principe, ou tout l'un ou tout l'autre².

En admettant que le paiement soit devenu libératoire d'assez bonne heure, il n'en reste pas moins vrai, à nos yeux, que la règle étudiée remonte très haut. Elle était particulièrement inflexible à l'époque où la pesée du lingot libérateur était effective et où le nombre (*libra prima postremaque*) et le poids reconnu des livres remises devaient rigoureusement correspondre au montant de la dette consacrée par le *iudicatum* (*tot milibus condemnatus sum*). Avec l'*imaginationaria solutio* au contraire, il devenait possible en fait de tourner la volonté de la loi et de faire servir la *solutio per aes et libram* à une transaction. On doit penser que la règle s'est alors idéalisée et détachée de la *solutio p. aes et*

1. Legibus deinde recitatis, audi, inquit : « Iuppiter, audi, pater patratus populi Albani, audi tu, populus Albanus : ut illa palam prima postrema ex illis tabulis ceraue recitata sunt sine dolo malo utique ex hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet, si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Diespiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque. »

2. On peut sans doute voir une dernière confirmation de ce qui vient d'être dit dans l'*interpretatio* wisigothique sous *Sent.*, Paul, 1,5 : « Post rem iudicatam pactio inter eos, qui litigauerunt, tunc obtinet firmitatem, si de summa, quam iudicio constat addictam, ab eo qui uicit, aliquid concedatur. » Il semble résulter de cette explication que l'interdiction de la transaction *post rem iudicatam* n'avait anciennement d'autre fondement que l'impossibilité de la part du vainqueur de faire la moindre concession au vaincu, ce qui s'expliquait par le formulaire de la vieille *solutio per aes et libram*.

lib., dont la décadence accusée rendait nécessaire la proclamation d'une interdiction implicitement contenue jusque là en elle. On comprend par là qu'aucune des controverses dont la matière est pleine ne saurait infirmer, croyons-nous, l'explication que nous proposons. Aussi bien, nous verrons dans la suite de ces deux chapitres consacrés à l'exclusion du pacte et de la *condictio indebiti* dans les actions de la *litiscroissance*, que chaque point à élucider nous ramènera à la *solutio per aes et libram*.

Actio ex testamento

Sur l'application de notre règle à l'*actio testamento*, nous avons le texte des *Sententiae* en premier lieu et nous croyons en trouver la trace dans l'interpolation d'un fragment du *Digeste* :

D.2.15 de transact. 6 (Gaius *lib. septimo decimo ad ed. prouinc.*) : « de his controuersiis, quae ex testamento
« proficiscuntur, neque transigi neque exquiri ueritas
« aliter potest quam inspectis cognitisque uerbis
« testamenti¹. »

Nous tenons toute la fin de ce texte, depuis *exquiri ueritas* pour interpolée. Les raisons en sont faciles à concevoir. Justinien, nous l'avons vu, n'a laissé subsister le régime ancien de la *litiscroissance* que dans le cas du legs aux lieux pieux. D'où la disparition de tout ce qui touchait, de près ou de loin, à cette institution dans l'hypothèse du legs *per damnationem*. Il est extrêmement probable que Gaius avait écrit que l'on ne transigeait pas sur l'*actio ex testamento* d'un legs *p. d.* portant sur une *res certa* et les compilateurs ont modifié le tout en supprimant, d'une part, cette précision, en ajoutant la réserve de la fin. La construction du *potest* avec *neque transigi*, où le sujet est contenu dans le verbe ne concorde pas avec celle du même verbe dans le membre de phrase *neque exquiri ueritas aliter* où le sujet est *ueritas*. Gaius disait : *non transigi potest*.

1. Interpolations : Voir sur ce texte, *Index des Interpol.*, suppl., p. 33.

Quant à l'explication de la règle, l'idée déjà donnée, selon laquelle la transaction est interdite parce que telle est la volonté de la loi qui, elle-même, voit dans l'action confessoire le seul compromis possible et impose comme minimum le paiement du simple seul conforme en réalité au désir du testateur, nous la retrouvons dans un texte intéressant déjà rencontré¹ : l'héritier qui a dû acheter à un prix élevé le fonds pour le livrer au légataire ne pourra rien retenir de ce fonds même si la limite de la *Falcidia* a été dépassée : « quod amplius heres quam pretium fundi legatario soluit, id lege Falcidia imputari non potest, quia » *neglegentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is* » *confilendo ueram aestimationem praestare poterat.* » On voit ici qu'il est défendu à l'héritier de faire subir à la chose léguée le plus léger amoindrissement, car s'il estimait que le prix exigé était trop fort, il n'avait qu'à recourir à la procédure d'estimation, donc faire une *confessio* sur l'*actio* intentée contre lui par le légataire et réclamer la délivrance d'une formule au simple : le rôle transactionnel, arbitral de cette procédure est pleinement mis en lumière.

De même, la règle remonte aussi haut dans le passé à propos de l'action du legs *p. d.* que pour l'*a. iudicati*. Gaius 3.175 atteste l'emploi de la *solutio per aes et libram*, nous l'avons vu, précisément pour les hypothèses où, portant sur un *certum*, ce legs donne ouverture à une action croissant au double *aduersus infitiantem*². D'où le lien de la *solutio per aes et libram* avec cette action présente, en ce qui la concerne, un caractère de certitude plus grand encore que dans tous les autres cas de *litiscroissance*.

Actio depensi

Cette action — au double d'abord dans tous les cas — est fort ancienne. Son nom dénote une parenté souvent remar-

1. Voy., p. 147, D., 35.2.61.

2. Ci-dessus, p.137. Nous ne nous occupons pas ici de la question de savoir quand ces legs ont pu être payés autrement que *per aes et libram*. Cf. Girard, *Man.*, p. 730, n. 2 à l'opinion de qui nous préférons cependant celle de Huvelin sur le texte connu de Cic. *De leg.*, 2.20; Daremb. et Saglio, 5, p. 1393, n. 23. Le *De legibus* ne prouve rien, à ce sujet, au contraire, Cicéron y fait état en deux endroits à l'époque classique, de la *solutio per aes et libram* pour la libération de l'héritier. Cf., 2.20, *in fine* et 2.21.

quée avec la *solutio per aes et libram* que nous avons déjà rencontrée dans les cas précédents. Un tel rapprochement peut paraître déjà par lui-même très significatif, étant donnée l'identité de l'application, attestée par Paul, *Sent.* 1.19.2, de la règle *ex pacto decidi non potest* pour l'*actio depensi* et les deux premières actions étudiées. Peut-on aller plus loin?

Nous le croyons. Rappelons d'abord qu'il faut tenir pour acquis, depuis la démonstration d'Eisele (*Beitr.* 25 et s.), acceptée par Mitteis que le paiement du *sponsor*, si celui-ci voulait profiter du recours institué par la loi Publilia, devait être fait *per aes et libram*. Or, M. Giffard¹ enseigne que les deux premières dettes qui purent faire l'objet d'un paiement de la part d'un tiers, furent le *iudicatum* et le *nexum*. Cela est évident, puisqu'à l'époque de la loi des Douze Tables, le *iudicatus*, le *nexus*, les délinquants et les *sponsores* anciens sont les seuls obligés, mais les deux derniers groupes n'ont nullement besoin pour se libérer de faire usage de la *solutio per aes et libram* : les délinquants composent sans forme avec leurs victimes et pour les *sponsores*, qui s'engagent au paiement de l'amende née d'un délit commis par une autre personne ou qui sont des *uades* ou *praedes*, la question de la *solutio per aes et libram* ne se pose pas. Seuls payent *per aes et libram*, les tiers intervenants pour le *iudicatus* ou le *nexus* (*quod per aes et libram gestum sit*, Gaï. 3.173). L'anecdote de *Manlius Capitolinus* rapportée par Tite-Live² atteste peut-être encore pour une époque postérieure l'usage de la *solutio per aes et libram* par un tiers pour libérer un *addictus*. Quant aux *sponsores* qui, au lieu de payer sur-le-champ, s'engageraient à côté du *iudicatus*, il est impossible qu'ils aient existé, puisque la *sponsio* ne pouvait accéder qu'à une obligation principale contractée *uerbis*, ce qui n'était pas évidemment le cas du *iudicatum* ni du *nexum*³. Cela

1. Cf. Giffard, *Cours*, 1933.

2. Voy. Gaius, 3.119.

3. M. Giffard distingue en outre l'hypothèse d'une *expromissio* novatoire. Expliquant les origines du cautionnement à qui fait précisément défaut cet effet novatoire, puisque l'*adpromissor* s'engageant à côté du débiteur principal promet la même chose que celui-ci, il rattache l'*expromissio* au type

prouve que les deux hypothèses les plus anciennes où un étranger aux parties pouvait avoir à désintéresser le créancier et par conséquent, par la suite, à réclamer ses débours au débiteur libéré grâce à lui, étaient nécessairement des cas de libération *per aes et libram*. Voilà donc le rapport originaire de cette dernière avec l'*actio depensi* démontré. Il suffira au lecteur de reporter ici ce qui a été indiqué dans les développements précédents.

Actio legis aquiliae

C'est ici que l'obscurité est la plus épaisse. Nous rencontrons en effet une première question à résoudre : le plaider de Cicéron pour Roscius le comédien nous met en présence d'une transaction conclue sur l'action *legis Aquiliae* par Roscius avec l'auteur de la mort de l'esclave, Q. Flavius :

Pro Roscio Comoedo XI. 32 : « Panurgum, inquit
« (Fannius), hunc seruum communem, Q. Flavius
« Tarquiniensis quidam interfecit. In hanc rem, inquit,
« me cognitorem dedisti. *Lite contestata*, iudicio
« damni iniuria constituto, tu sine me cum Flauio
« decidisti. « Utrum pro dimidia parte an pro re tota?
« Planius dicam : utrum pro me an et pro me et pro
« te? Pro me : potui exemplo multorum; licitum est;
« iure fecerunt multi; nihil in ea re tibi iniuriae feci.
« Pete tu tuum, exige et aufer, quod debetur; suam
« quisque partem iuris possideat et persequatur... »
« Magno et tu tuam partem decide... »

Le texte est formel. Cicéron affirme qu'il existe de nombreux exemples d'une telle transaction : celle-ci était indiscutablement légale en elle-même. Il n'est pas jusqu'au conseil donné à Fannius de transiger lui aussi à un

de l'engagement pris par le *uindex* dont l'intervention libère aussi le *iudicatus* de la chose et des fruits. Le *sponsor du iudicatus* primitif n'est donc autre que le *uindex* et la question du paiement ne se posera pour lui que s'il succombe dans le procès postérieur. Ce paiement, par conséquent, ici encore, ne pourra être fait qu'après une sentence du juge, donc *per aes et libram*.

prix avantageux qui n'atteste point le caractère licite de cette transaction.

Aussi les auteurs, Huschke¹ suivi par Rudorff², qui se refusent à mettre en doute l'exactitude du renseignement des *Sententiae Receptae*, ont-ils conçu un moyen ingénieux d'écarter le fragment du *pro Rosc. com.* : ils ont remarqué que Cicéron fait ressortir que la transaction a été conclue *post litem contestatam*, alors par conséquent que ce n'est plus *ex causa legis Aquiliae* que l'on agit et que la prétention du demandeur se présente, dit Huschke, *ex litis contestatione*, la précédente *causa debendi* étant supprimée, éteinte par la *litis contestatio*. Pour Huschke, qui voit le critère de la *litiscroissance* dans l'existence d'un *certum* remis en discussion, la *litis contestatio* a pour résultat de replacer le droit du demandeur dans l'état d'incertitude qui autorise toujours la transaction. « Flavius, écrit Rudorff, avait donc nié son propre fait (le meurtre de l'esclave), de ce fait l'affaire était incertaine et son issue devenue douteuse, il ne manquait plus rien à la *lis dubia* que toute transaction présuppose. »

Rien n'est plus inexact que ce raisonnement. Huschke et Rudorff ont-ils pu donc s'imaginer que la prétention du demandeur présentait avant la *litis contestatio* un caractère de certitude plus grand qu'après cette même *litis contestatio*? A l'un comme à l'autre moment, le droit du demandeur n'était aucunement certain, cela est bien évident. Dès lors, si c'est la *lis dubia* qui forme le critère de la validité de la transaction, pourquoi celle-ci n'aurait-elle pas été reconnue aussi bien avant qu'après la *litis contestatio*?

Est-ce donc à dire que le texte de Cicéron infirme l'affirmation des *Sent.* I.19.2, en ce qui concerne l'*actio leg. Aq.*? Nous ne le croyons pas. Les prémisses du raisonnement de Huschke et de Rudorff sont vraies et c'est leur conclusion qui est fausse. On ne peut en effet ne pas remarquer que

1. Huschke, *Z. V. Buch d. G.*, p. 274.

2. Rudorff, *op. cit.*, p. 381.

Cicéron attire l'attention sur le fait que la transaction a eu lieu *lite contestata* et qu'il insiste sur la légalité de ce procédé : *potui exemplo multorum; licitum est*, ce qui indique une distinction juridique à faire de laquelle dépend la légalité de la transaction conclue dans la matière du *damnum iniuria datum*. Ainsi avant la *lis contestata*, la transaction eût été interdite. Mais pour expliquer cette interdiction il n'est nul besoin de faire intervenir l'idée de l'*incertum* et de la *lis dubia*. On ne transigeait pas sur l'action de la loi Aquilia, parce que tel était le vœu ou explicite ou implicite de la loi. C'est là une vérité attestée par les *Sent. Receptae* et remontant sans doute très haut dans le passé, puisque, bien loin de l'infirmer, le plaidoyer de Cicéron paraît au contraire la confirmer, ne serait-ce que par les précautions prises par l'orateur pour souligner la légalité de la transaction conclue par Roscius.

Il résulte de cela et du verbe *decidi* dont se sert l'auteur des *Sententiae*, qu'à la différence de l'*actio furti*, il n'existe pas de *damnum decidere* en matière de *damnum iniuria datum*¹. L'assimilation faite par Mommsen entre le *damnum pro fure decidere* et le *damnum pro iniuria decidere*² non seulement ne trouve aucun appui dans les sources mais encore a contre elle un texte formel. Si l'expression *damnum decidere* remonte jusqu'aux Douze Tables, il n'est jamais question d'elle au sujet du dommage plus tard sanctionné par la loi Aquilia, mais de *noxiam sancire*³ qui est l'acte

1. C'est avec raison, croyons-nous, que M. de Visscher, *R. H. D.*, 1928 p. 370 pense que les mots *damnum decidere oportere* dans l'action ancienne du *furtum* pourraient concerner un arrangement fait entre les parties après la reconnaissance par le juge de la culpabilité du défendeur (*pronuntiatio*). C'est là l'idée de l'obligation incertaine consacrée par la décision du *iudex*, avant la procédure d'estimation, laquelle ne se déroulera qu'au cas où les parties ne parviendront pas à s'entendre ou si, comme le montre Aulugelle, le défendeur refuse de subir le talion. V. Giffard, *Lég. de proc.*, p. 45. V. aussi, dans un sens un peu différent, Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, ci-dessus, p. 188, n. 2.

2. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, I. p. 13, n. 1.

3. Cf. tab. VIII, 10 (Gaius, I, 4 ad XII tab., D., 47,9,9); Bruns, I, p. 31; VIII, 14 (Gell., II, 18,8; Bruns, I, p. 32; tab., VII, 8b (Paul, I, 6 ad *Sat.*), Bruns, I, p. 27. Sur le sens de l'expression *damnum sancire*, voy. la note très complète de M. Fliniaux, « Une vieille action du droit romain », *Mél. Cornil*, p. 287, n. 2 et la littérature indiquée, Ernout et Meillet, *Dict. étymologique*, p. 637 sur le sens de *noxa* et de *noxia*. Quant aux textes, pour plus de détails,

qui, comme la *decisio damni*, mettra fin au ressentiment de la victime, sans être pourtant une transaction, d'une façon indépendante par conséquent de la *pactio* contenue dans le verbe *decidere*. Il y a donc là une différence essentielle entre l'*actio furti* et l'*actio legis Aquiliae* : il convenait de la signaler.

Quant à la raison pour laquelle telle fut la volonté de la loi Aquilia, un rapprochement a été fait par M. Giffard¹ entre le sens juridique de la répression organisée par cette loi et l'interdiction par elle de la transaction². Si les sévérités de la loi ont été agréables aux plébéiens, qui s'en félicitèrent, il est permis en effet de penser que l'inégalité des conditions sociales défendait de laisser libre cours à l'intervention privée dans le règlement des différends surgissant entre les anciens et les nouveaux occupants de l'*ager publicus*. Il est même permis de tirer de l'interprétation donnée par M. Giffard au second chapitre de la loi Aquilia un argument sérieux à l'appui de la raison indiquée³.

cf. Huvelin, *Furtum*, pp. 98 à 102. Voy. enfin Festus, *Sarcito in XII, Seruius Sulpicius ait significare damnum soluite*, Bruns, 2, p. 36.

1. *Cours autographique*, 1933, p. 265.

2. Ci-dessus, p. 130.

3. Cf. Giffard, *Cours* (1933), p. 259 et surtout communication à la société d'histoire du droit, du 11 mai 1933. Le chapitre 2 de la loi Aqu., dit M. Giffard, n'est pas un cas de dommage *iniuria datum*. Le Romain de l'époque de la loi n'avait ni la notion du droit incorporel dont la destruction eût été assimilée à celle d'un objet matériel ni l'idée d'un dommage qui ne fut pas *corpore corpori datum*. Pourquoi, dès lors, le chapitre 2 a-t-il été inséré dans la loi ? Pour le comprendre, il faut noter, dit l'auteur, une autre singularité : si l'*adstipulator* a reçu réellement le paiement de la part du débiteur, le fait qu'il ne rend pas la somme reçue au créancier principal, ne constitue pas le délit prévu par la loi. Cette particularité qui a paru singulière à certains auteurs (cf. Girard, *Man.*, p. 442, n. 5) est à merveille expliquée par M. Giffard. Un plébéien *adstipulator* pouvait être entraîné, dit-il, sous la pression d'un patricien, à faire une remise de dette qui libérait le patricien. Alors il y avait bien délit. Tandis que l'on n'avait point à redouter que le patricien payât au créancier accessoire, parce que le patricien n'y gagnerait rien : la tentation n'existait pas et l'on comprend fort bien que la loi n'ait pas prévu ce cas. Le chapitre 2 viserait donc un cas rentrant, du point de vue politique et économique, dans le même ordre que les deux autres chapitres. La loi Aquilia serait une loi *per saturam*. On consultera en outre, sur le second chapitre de la loi Aquilia, Arangio Ruiz, *Istituzioni*, p. 242, n. 2, pour qui il vaut mieux s'abstenir, étant données les tentatives malheureuses faites jusqu'ici pour éclaircir le sujet, de toute construction hypothétique, Rudorff, *op. cit.*, p. 385 à 391. Ce dernier auteur explique d'une façon intéressante le chapitre en question. Sous les actions de la loi, di-il, personne ne pouvait plaider au nom d'autrui. Le représenté devait s'adjoindre par une

Autres actions

En dehors des quatre actions étudiées, les *Sententiae* n'attestent plus l'application de la règle *ex pacto decidi non*

stipulation un *adstipulator* ou *adpromissor*, afin que celui-ci en stipulant ou en promettant pour lui, puisse plus tard agir ou être poursuivi en son propre nom. Ainsi Fannius, dans l'hypothèse rapportée par le *pro Roscio com.*, s'était fait promettre le *uadimonium* en tant que *cognitor* de Roscius et s'était obligé à rembourser la moitié de ce qu'il obtiendrait, ce contre quoi Roscius avait promis de dédommager Fannius de ses soins dans la conduite du procès. Dans le vieux procès de la loi Aquilia, le demandeur principalement devait s'adjoindre comme *adstipulator* déjà lors de la promesse du *uadimonium* le représentant qu'il avait choisi, avocat ou orateur ou accusateur, afin que, dans l'hypothèse du *uadimonium desertum*, cet *adstipulator* put plaider en son nom propre contre le défendeur défaillant. L. Caesulenus (Brut., c. 34) était entre autres un tel *adstipulator*, puisqu'il demandait l'amende de la loi dans une affaire concernant le premier chapitre de la loi contre L. Sabellius, en son propre nom, donc pour la chose d'autrui. Que si cet *adstipulator* libérait le délinquant, en le tenant quitte par exemple de la promesse du *uadimonium* par une *acceptilatio*, le *iudicium* n'avait plus aucune utilité, car le *dominus* avait perdu son droit à la fois contre le défendeur et ses *sponsores* et *uades*. Si cette libération avait été faite dans une intention frauduleuse, l'*adstipulator* était tenu vis-à-vis du *dominus* au *quantum ea res est*. Cela aurait pu s'entendre de la somme du *uadimonium* (*quantum pecuniam adstipulator in fraudem stipulatoris acceptam fecisset*), qui, à l'exception du cas du *iudicatum* et du *depensum*, était d'un montant inférieur à celui de l'objet du procès. Mais cela s'entendait en réalité de la valeur de l'objet du litige, c'est-à-dire du simple, si le défendeur avouait, du double de la plus haute valeur dans l'année ou le mois écoulés, s'il niait. En effet dans l'acceptilation frauduleuse de l'avocat se trouvait une prévarication (au sens impropre). Cf. D., 47.15 *de praeuar.*, I, § 1. Le principe de la prévarication est que le mandataire infidèle soit puni de la même peine que celle que prononce la loi contre le délinquant absous par son interposition. Cf., D., 47.15.6 : « Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obliciuntur, praeuaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praeuaricationem absolutus est. » Malheureusement le texte invoqué par Rudorff se rapporte aux *crimina* poursuivis *extra ordinem*. Mais, ajoute Rudorff, ce n'était pas seulement la même peine qui était appliquée à l'*adstipulator*, c'était aussi la même procédure, la même action qui était donnée contre lui. Ainsi dans le second chapitre de la loi Aquilia, il ne serait pas question de tout *adstipulator*, mais seulement de celui du procès aquilien et même du procès concernant le premier chapitre de la loi, ce qui expliquerait l'intercalation de notre chapitre second. Toutefois, Rudorff précise bien qu'à ses yeux cette restriction ne se trouvait que dans l'esprit du législateur et fonde cette opinion sur la place de ce chapitre et la connexité intrinsèque des règles de l'*adstipulatio* et de la *praeuaricatio*. Au contraire, il ne soutient pas que l'interprétation n'a point rapporté le second chapitre à l'*adstipulatio* en général, car il se déclare tout disposé à attribuer cette interprétation plus large à un manque d'intelligence de la loi ancienne très éloignée dans le passé plutôt qu'à une extension voulue et raisonnée. Il semble difficile d'admettre cette doctrine qui, non seulement n'est qu'une pure hypothèse, mais a encore contre elle les termes généraux rapportés par Gaius 3.215 du second chapitre de la loi Aquilia. Au contraire, l'explication claire et simple de M. Giffard doit être acceptée.

potest, qu'à l'*actio de modo agri*. Or, en l'état actuel des sources, toute vérification de l'exactitude de cette affirmation doit être laissée de côté.

Nous ferons de même des autres actions qui, nous l'avons vu, ne sont entrées dans le régime de la *litiscroissance*, que tard et à la faveur d'une équivoque, nous bornant à signaler ce qui peut être retenu d'un peu plus saillant, en ce qui les concerne.

A propos de l'*actio auctoritatis*, Rudorff, dans la controverse qui l'oppose sur notre règle elle-même à Huschke¹, cite le texte qui forme la base de la discussion :

D.21.2 de *euict.* 74.pr. : « Si plus uel minus quam
« pretii nomine datum est, euictione secuta dari
« conuenerit, placitum custodiendum est. »

Il se refuse à restreindre cette solution à l'*actio empti* ou à l'*actio duplae* ou encore à une convention de désistement, comme le veut Huschke². Malheureusement, on ne peut fonder aucune conviction sérieuse sur ce texte. Il nous semble difficile de dire qu'il concerne l'*actio auctoritatis* et d'en conclure que la transaction était admise sur cette dernière.

*
* *

Nous n'avons plus qu'à rechercher si la règle *pacto decidi non potest* forme un critère certain de l'action à *litiscroissance*. En d'autres termes, quels liens faut-il reconnaître entre elle et cette action ?

L'action au simple constitue en règle générale, nous l'avons vu, le minimum de la prestation due par le défendeur. La volonté de la loi ou du testateur ne permet pas de descendre au-dessous. Mais cela n'est pas à proprement dire, la conséquence du régime de la *litiscroissance*. Ce n'est pas en effet parce que l'action croîtra au double *aduersus infiliantem* qu'il en est ainsi. Le lien de notre système avec l'exclusion de la transaction est donc tout extérieur, de pure rencontre. Au contraire, là où celle-ci

1. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 449, Huschke, *Recht des Nexums*, p. 191, n. 292.

2. *Loc. cit.*, fausse référence dans Rudorff, p. 449, n. 226. Pas d'interpolations signalées.

est le plus expressément affirmée, elle survit à l'action croissant au double contre celui qui nie¹.

D'autre part, les origines de la règle *pacto decidi non potest* sont loin d'être les mêmes dans tous les cas de *litis-croissance*. Alors que la volonté de la loi est à déduire du concept particulier de la *solutio per aes et libram*, dont elle a fait son instrument, pour les actions *iudicati*, *depensi* et *ex testamento*, il est malaisé et il serait en tous les cas audacieux de dire qu'elle s'est exprimée de la même façon pour l'*actio legis Aquiliae*, car il faudrait admettre la supposition toute gratuite que la *solutio per aes et libram* était exigée aussi pour éteindre cette quatrième action. Dans cette dernière hypothèse, on ne peut que soupçonner l'existence ancienne, à l'époque où le plébiscite fut voté, de circonstances ou politiques ou sociales d'exception ayant rendu nécessaire la promulgation de dispositions particulières. Le caractère exceptionnel de cette législation explique avant tout les obscurités qu'elle renferme aux yeux des jurisconsultes romains de l'époque postérieure. En dehors de ces quatre actions, c'est l'incertitude presque complète pour nous et nous ne devons point céler ici que la seule clarté qui nous apparaisse est celle de l'aveu d'ignorance que nous entendons faire.

Dans l'ensemble, il paraît donc incontestable que le texte des *Sententiae* 1.19.2 représente une généralisation faite après coup d'institutions d'origines, d'âge, de fondements divers, institutions dans lesquelles il nous faut distinguer au moins le groupe des trois actions s'éteignant *per aes et libram* de l'action de la loi *Aquilia*. Les ressemblances existant entre les unes et l'autre, du point de vue qui nous a occupé, ont pu être remarquées par un juriste de l'époque décadente de la fin du III^e siècle, peut-être par Paul, mais cela est moins probable, puisqu'aucune des autres œuvres classiques, Gaius lui-même — malgré son antériorité — ne font mention d'une pareille synthèse. La diversité des espèces, la dissemblance des origines, des

1. Voy. pour l'*actio iudicati*, ci-dessus, p. 210.

raisons profondes ont disparu, aux yeux de l'écrivain, devant l'identité de l'élément ancien retrouvé en elles. Tout n'était pas faux dans cette aperception rapide et brève, à laquelle l'addition de l'action de *modo agri* confondue avec l'action à *litiscroissance* à l'époque postclassique permet de restituer sa date. Mais il lui manquait d'être marquée au coin de cet esprit critique en qui l'on convient aujourd'hui encore de placer la caractéristique essentielle de la période classique.

CHAPITRE II

« EX QUIBUS CAUSIS INFITIANDO LIS CRESCIT, EX HIS CAUSIS NON DEBITUM SOLUTUM REPETI NON POSSE ».

La *condictio indebili* est refusée dans le cas où l'on prétend répéter un paiement fait *ex quibus causis infitiando lis crescit*.

Pour étudier cette nouvelle règle il faut distinguer trois groupes de textes. Les premiers sont des textes généraux, se rapportant à l'ensemble des hypothèses différentes où la condamnation croissait au double¹; les seconds concernent l'*actio iudicati*²; les troisièmes enfin ont trait à l'action du legs *p. damn.*³. Ces deux dernières actions sont, à notre connaissance, les seules des actions à *liliscroissance*

1. Nous rangeons dans ce premier groupe, trois textes : 1° *Inst. Just.*, 3.27 *de obl. quas ex contr.*, § 7 : « Sic namque definieuerunt ueteres : ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis, non debitum solutum repeti non posse. » Ainsi Justinien atteste que ce sont les *ueteres* qui ont posé la règle. 2° C. 4.5 *de cond. indeb.*, 4, Dioclet. et Maxim. : « Ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimè iuris (cela ne peut être dit que d'une règle très ancienne). sed etsi cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, conditioni locum non esse constat. » (a., 293). 3° C'est enfin en pensant à cette règle qu'Ulpien, l. 43 *ad Sab.*, D., 12.6.23, § 4, écrit : « Si qua lex ab initio dupli uel quadrupli statuit actionem, dicendum est solutum ex falsa eius causa repeti posse. » Non seulement les mots *ab initio dupli*, mais encore la position du texte prouvent avec certitude ce que nous venons d'avancer. Voy. en effet, D., 12.6.23.1.

2. Cf., C., 4.5 *de cond.*, I; D., 5.1 *de iud. ub. q. ag. u. conu. deb.*, 74.2; D., 10.2, *fam. erc.*, 36; D., 17.1, *mand. u. cont.*, 29.5; D., 12.6, *de cond. inbed.*, 60; C., 4.31 *de compens.*, 2; D., 12.6.23.1.

3. Gai, 2.283; Ulp., *Reg.*, 24.33; Paul, *Sent.*, 3.6.92; *Inst. Just.*, 2.20 *de legal.* 25, 3.27.7, *in fine*; D., 12.6 *de cond. indeb.*, 2; D., 35.3, Si cui pl. q. p. leg. Falc. lic. leg. esse dic., 3.10; C. 6.50, *ad leg.*, Falc., 19.

où les jurisconsultes romains donnent quelques éclaircissements relatifs à l'application du principe.

Celui-ci doit être bien compris : non seulement la *condictio indebiti* est exclue dans le cas du paiement de l'indu, mais encore la *condictio liberationis* lorsqu'une reconnaissance écrite de l'indu a été rédigée *ex quibus causis infiliando lis crescit*¹. Ainsi, il convient d'assimiler sous ce rapport la *cautio non debita* à la *solutio non debita pecuniae*.

De ce théorème juridique² découle un important corollaire.

Il faut, en premier lieu, remarquer que la *condictio* exclue ne peut pas être reprise sous la forme de la compensation opposée à une autre demande du même adversaire :

A. Claudio et C.4.31 *de compens.* 2.¹ *Imp. Antoninus*

A. *Asclepiadi* : « Ex causa quidem iudicati solutum
« repeti non potest, ea propter nec compensatio eius
« admitti potest. eum uero, qui iudicati convenitur,
« compensationem pecuniae sibi debita implorare
« posse nemini dubium est³. »

Encore que ce texte ne concerne que ce qui a été payé *ex causa iudicati* il faut évidemment en étendre la solution à tous les cas de *litiscroissance*. Mais le principe ainsi dégagé ne fait certainement aucun obstacle, remarquons-le, à ce que le défendeur à une telle action puisse opposer la compensation de sa propre créance : la voie de la compensation ne lui est fermée que si l'indu a été payé dans l'une des hypothèses où l'action croît au double.

L'exclusion de la *condictio indebiti* est rattachée à la *lis quae infiliando crescit*. Outre les *Institutiones* 3.27.7, c'est ce qui résulte *a contrario* de D.12.6.23. § 4 précité⁴. Lorsque le double ou le quadruple n'est pas la peine de la négation, mais celle inévitable, dès le début, d'un autre délit, la répétition de l'indu est possible⁵. Il suffit donc

1. Voy. C., 4.5.4, ci-dessus, p. 230, n. 1.

2. C'est le mot de Rudorf, *op. cit.*, p. 90.

3. Sur ce texte, cf. ZS. 50, p. 491.

4. Ci-des., p. 230, n. 1.

5. Cf., C. 4.5.1 ; C. 4.5.4.

pour que notre règle joue, que l'action éteinte par le paiement soit l'une de celles où l'éventualité d'une *infitiatio* aurait pour résultat de faire croître la condamnation au double. Peu importe la raison pour laquelle l'indu est reconnu tel¹, car quel qu'il soit, même si le paiement a été fait en vertu d'une erreur excusable, l'indu ne doit pas être répété. La règle est absolue. Seul le moyen prétorien de la *restitutio in integrum* peut secourir le mineur².

On peut dire même qu'il n'est pas nécessaire que le paiement ait été fait dans l'une des hypothèses juridiques où l'action croît vraiment au double par le fait de la négation du défendeur. Il suffit que l'auteur de ce paiement ait cru qu'il se trouvait dans l'un de ces cas. Un titre putatif, la croyance à l'existence d'un *iudicatum* nul exclut la *condictio indebiti*³. L'acceptation d'un *iudicium* par le *defensor* pour un mort et la condamnation de ce *defensor* sont nulles, car l'*intentio* de la formule est rédigée contre le mort qui n'est obligé ni à *dare* ni à *iudicatum facere*⁴. Le demandeur n'a pas déduit son droit qu'il peut exercer contre les héritiers du mort. Cette action reste possible, même si le représentant condamné a payé. Dans ce cas en

1. *Falsa causa, plus debitum*, dans le *legs per damnat.* Voy. Gai, 2.283.

2. D., 4.4, *de min.* 25 *pr* (Gaius, 1.4. *ad ed. prc.*) « Illud nullam habet dubitationem, quin minor si non debitum soluerit ex ea causa, ex qua iure ciuili repetitio non est, danda sit ei utilis actio ad repetendum cum et maioribus uiginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio. » Voy. sur l'interpolation dubitative — que l'on peut fort bien admettre, semble-t-il — de *iure ciuili* — est pour *infitiando lis crescit in duplum*, Vassali, *Studi Senesi*, 30 (1914), 42, n. 1.

3. Cf., D. 10.2.36 : « Sed quamuis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. » Le cas est sensiblement identique à celui visé au D., 5.1.74, § 2, texte qui offre pour nous l'avantage d'être à peu près pur de toute interpolation. V. p. suiv. n. 1 et ci-dessous, n. 4.

4. D., 49.8 *quae sent.*, 2, *pr.* et 1. Nos développements ont trait à D., 5.1, *de iud. ub. quisq. ag. uel conuen. deb.*, 74.2 (Julien, 1.5 *digest.*) : « Cum absentem defendere uellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solui : quaesitum est an heres liberaretur, item quae actio mihi aduersus eum competeret. Respondi iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse et ideo heredem non liberari : defensorem autem, si ex causa iudicati soluerit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere aduersus heredem : qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conueniatur. » Voy. sur ce texte ZS. 50, p. 489.

effet et malgré la nullité de la sentence, le représentant ne pourra pas répéter, car il a payé en vertu d'un titre putatif (*ex causa iudicati soluerit*), mais il aura contre les héritiers l'action de gestion d'affaires et les héritiers pourront, à leur tour, se protéger contre l'action du créancier par l'exception de dol. Le titre putatif est exigé, en ce qui concerne le *iudicatum*. Ainsi l'héritier qui n'a partagé à l'amiable avec un étranger à l'hérédite que parce qu'il croyait que celui-ci était son cohéritier, peut exercer la *condictio indebiti*¹.

Quant à la portée de la règle, nous savons déjà qu'il convient de la restreindre dans le sens indiqué par D.12.6.23.1 et 3 précités². Dans la *causa iudicati* seul ne peut être répété le paiement fait en exécution de la sentence. Mais il en est autrement si ce paiement est intervenu à la suite d'une transaction. En pareil cas, la nullité de la transaction a pour conséquence l'admissibilité de la *condictio indebiti* aussi bien que celle de la compensation³.

La même solution doit être étendue au cas du legs *per damnationem* :

D.12.6 de *cond. indeb.* 2. pr. (Ulp.1.16 *ad Sab.*) : « Si

« quis sic soluerit, ut, si apparuisset esse indebitum

« uel Falcidia emergerit, reddatur, repetitio locum

« habebit : negotium enim contractum est inter eos. »

Sur ce texte, Eisele⁴ remarque, en premier lieu, que les

1. D., 10.2, *fam. erc.*, 36 (Paul, 1.2 *quæst.*) « Cum putarem te coheredem meum esse idque uerum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio et a iudice inuicem adiudicationes et condemnationes factae sunt : quaero, rei ueritate cognita utrum condictio inuicem competat an uindicatio ? et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non sit dicendum est ? Respondi : qui ex asse heres erat, si, cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium et condemnationibus factis soluerit pecuniam, quoniam ex causa iudicati soluit, repetere non potest... plane si sine iudice diuiserint res, etiam conductionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putauit qui fuit heres, competere dici potest : non enim transactum inter eos intellegitur, cum ille coheredem esse putauerit. »

2. D., 12.6.23.1, ci-des., p. 202 et p. 208. Le rescrit dont il est question à ce texte nous paraît devoir être rapproché de C., 4.5.2, sans pouvoir être cependant identifié avec ce dernier.

3. Voy. ci-de., p. 202, *C. Herm.*, IV.3.

4. Exegetica, *ZS*, 35 (1914), p. 33.

mots *uel Falcidia emergerit*¹ ont été interpolés. Il y était sûrement question originairement d'un *legalum* dont la mention est à placer, comme le font certains éditeurs du *Digeste*² après les mots *si quis*. L'auteur écrit, ensuite, que le droit de répéter était donné dans le cas où, le vice du legs ayant été découvert, le remboursement de celui-ci avait fait l'objet d'un accord entre les intéressés. C'est ainsi qu'il faudrait entendre cette partie du texte, qui n'aurait aucun sens s'il concernait une répétition de l'indu payé hors de l'hypothèse d'une entente amiable, puisqu'une telle répétition était interdite en règle générale. A l'appui de cette opinion, il invoque la scolie 2, sous Bas. 24.6.2 (*Heimb.* 3. p. 30) : « hoc accipe, quamvis speciale pactum interpositum non sit », qui définit le point de vue du droit de Justinien. En résumé, Ulpien aurait écrit : « si quis legatum per damnationem certum relictum sic soluerit et rel. »

Le terme de *negolium contractum* indique à nos yeux que nous nous trouvons bien, dans l'hypothèse de D.12.6.2 pr. d'une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste, le *negolium contractum* étant une condition de la recevabilité de cette *condictio*. La scolie précitée permet de penser que le *negolium contractum* n'est ici comme ailleurs³ que le paiement de l'indu, par opposition à un *speciale pactum interpositum*, donc à une transaction.

Nous pouvons en effet apporter, à l'appui de l'opinion de Eisele, un argument échappé à ce dernier. Nous savons que la transaction était exclue à l'époque classique dans le cas du legs *per damnationem* d'un *certum*. Cette transaction lorsqu'elle avait lieu, était nulle. Or, dans l'hypothèse voisine de l'*actio iudicali* la nullité de l'arrangement conclu (*pactum*) avait pour conséquence de permettre la répétition de ce qui avait été payé. L'exactitude des déductions de Eisele est donc démontrée par la similitude des deux cas de *litiscroissance* que sont l'*a. iud.* et l'*a. ex testamento*

1. Dans le même sens, v. auteurs cités à l'*index*, 1, p. 180 et suppl., p. 183.

2. *Digesta Just.*, I, XXVIII, Mediolani, 1908.

3. Cf., D., 12.6.33, Julien, 1.39, *Digestorum*.

dans le cas du legs indiqué. La remarque du scoliaste est une allusion très nette à l'ancienne règle juridique, selon laquelle la nullité de la transaction conclue dans l'hypothèse de l'*a. ex testam.* autorisait la répétition de la prestation versée en guise d'arrangement amiable.

Ces explications d'ordre général précisées, il nous faut pénétrer dans le détail des hypothèses auxquelles s'appliquait la règle étudiée. Nous commencerons, comme précédemment, par les *actiones iudicali* et *ex testamento*, sur lesquelles les sources nous fournissent quelques renseignements; nous passerons aussi très rapidement les autres actions à *liliscroissance* en revue. Enfin, dans un second paragraphe, nous tenterons de rechercher s'il faut voir dans la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti* un critère de l'action à *liliscroissance*. Les sources paraissent attester que la défense de répéter l'indu était la conséquence de la nature de l'action. Que faut-il en penser?

* * *

Les textes qui concernent notre règle sont beaucoup plus nombreux sur la *causa iudicali* que sur l'*actio ex testamento*. Ils forment le second groupe distingué précédemment.

Actio iudicati

Le classicisme de la règle nous est attesté, pour cette action, par un rescrit de 213 :

C.4.5 de *cond. indeb.* 1 : Imp. Seuerus et Antoninus AA. Muciano « Pecuniae indebitae per errorem, non « ex causa iudicati solutae esse repetitionem iure « conductionis non ambigitur. »

On peut sans doute la retrouver aussi dans une opinion de Julien chez Paul au D.12.6. de *cond. indeb.* 60¹.

1. Cf., D., 12.6 de *cond. indeb.* 60 (Paul, 1.3, *Quaestionum*) : « Iulianus uerum debitorem reum (pour Siber, *Natural, Oblig.*, 72,) post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat soluentem repetere posse, quia nec

Rappelons enfin que Justinien, aux *Inst.* rapporte que la règle « ex quibus causis infitiando lis crescit, ex hiis causis non debitum solutum repeti non posse » remonte jusqu'aux *ueteres*¹.

Cette règle a été conservée par les compilateurs dans la *causa iudicati*².

La seule question que l'on doive se poser est donc celle du « pourquoi » de cette exclusion de la *condictio indebiti* dans l'hypothèse du paiement fait par erreur dans la *causa iudicati*.

La réponse paraît, à première vue, très simple et pleinement satisfaisante :

D.17.1 *mandati uel contra* 29.5 (Ulp. 1.7 *disputationum*) : « In omnibus autem uisionibus, quae prae-
« positaesunt, ubi creditor uel non numeratam pecu-
« niam accipit uel numeratam iterum accepit, repeti-
« tio contra eum competit, nisi ex condemnatione
« fuerit ei pecunia soluta : *tunc enim propter auctori-
« latem rei iudicatae repetitio quidem cessat*, ipse autem
« stellionatus crimine propter suam calliditatem plec-
« tetur. »

On comprend en effet que l'autorité de la chose jugée ait pu être absolument incompatible avec l'exercice postérieur d'une *condictio indebiti* dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle aurait remis en discussion le caractère de certitude qu'il faut reconnaître à une décision du juge.

Mais notre texte est des plus douteux. Lenel pense qu'il n'est pas d'Ulpien³. Maints indices de forme révèlent à son sujet l'intervention des compilateurs⁴. Certes, l'expres-

absolutus nec condemnatus repetere posset : licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. » L'interpolation signalée, dans ce dernier membre de phrase par Arangio-Ruiz, *Corso di Istist.*, p. 378 et n. 1, n'a aucune importance pour nous ici, puisque l'exactitude du « nec condemnatus repetere posset » est confirmée, pour l'époque classique, par C., 4.5.1 ci-dessus.

1. *Inst.*, 3.27.7.

2. Cf., D., 5.1.74.2, précit., D., 10.2.36.

3. Paling., 130, n. 4.2, p. 413.

4. Voy. Seckel et Heum., *Handlexikon*, v° *uisionibus*, mot que suspectai déjà Antoine Fabre qui, par ailleurs, relevait la faveur marquée par Tribonien pour l'emploi de cette expression, de même Seckel sur le membr

sion *auctoritas rei iudicatae* n'est pas étrangère aux classiques. On la rencontre en plusieurs endroits au *Digeste*¹ et n'a pas été, dans toutes ces fr., déclarée suspecte jusqu'ici. Pourtant aux critères formels — dont l'expérience a si souvent démontré l'incertitude — s'ajoute une considération juridique propre à confirmer le doute.

Nous savons en effet² que l'*auctoritas rei iudicatae* fut une notion tardive, imparfaitement reconnue. Le jugement, dans la jurisprudence classique, ne peut que confirmer l'effet de la *litis contestatio* : l'*eadem res* ne pouvant conduire à une seconde *litis contestatio*, il a été décidé qu'il ne pouvait être jugé une seconde fois; le jugement n'a d'effet extinctif *ipso iure* que lorsque la *litis contestatio* a le même résultat; l'unité de l'exception *rei iudicatae uel in iudicium deductae* est démontrée; le jugement ne change rien à l'exception³ née de la *litis contestatio*, dans les cas où celle-ci n'éteint pas le droit *ipso iure*. Dans un tel système, qui est celui de l'époque classique, on peut dire que l'*exceptio rei iudicatae* est bien imparfaite⁴. Elle ne fait aucun obstacle à ce que le défendeur remette en question le *debitum* par la voie détournée de la *condictio indebiti*.

Si l'on admet en effet, avec Lenel et Wenger⁵, que les conditions juridiques exigées pour que puisse jouer l'*exceptio iudicatae* sont les mêmes que celles de l'*exceptio rei in iudicium deductae*, il faut poser en principe, au moins pour l'époque classique, que l'exclusion de la *condictio indebiti*, si elle reposait sur l'autorité de la chose jugée, dérivait avant

de phrase commençant par *nisi*, v° *nisi*. Cf. d'une façon plus générale, *Index Interp.*, I, p. 289; Gradenwitz, *Interp.*, 33.

1. Cf., D., 5.2.17 *pr.* (Paul, 1.2 *Quaest.*) *rei iudicatae auctoritate* où ces mots ne sont pas encore suspectés, D., 12.2 *de iureur.* 2 (Paul, 1.18 *ad ed.*) non interpolé. Voy. en outre, D., 27.9.3.3, *propter rei iudicatae auctoritatem*, mais ces mots se trouvent dans un membre de phrase soupçonné par Solazzi, *Arch. giur.*, 98 (1927), 25 et s.; D., 36.1.67 (65) *propter rerum iudicatarum auctoritatem*, D., 49.1 *de appell.*, 14.1, *rei iudicatae auctoritatem*. Comp. Cic. *de inu.* 1.83 *his rebus auctoritas iudicati maxime potest infirmari*; Paul, *Sent.*, 5.12.6, *sine auctoritate iudicati*.

2. Ci-dessus, p. 216, n. 3.

3. Lenel³, p. 511, pour qui l'*exceptio* était ainsi rédigée dans l'*Album*:

« Si ea res q. d. a. iudicata non est inue iudicium deducta non est. »

4. Wenger, *Inst.*, p. 209.

5. Ci-dessus, p. 216, n. 3.

tout de l'adage bis de eadem re ne sit actio. Or, celle règle ne pouvait pas être invoquée à l'appui de l'exclusion de la conditio indebiti dans le cas qui nous occupe.

Sans doute l'axiome *bis de eadem re ne sit actio* a-t-il, pour fondement essentiel, l'existence d'une *eadem res* et celle-ci s'apprécie dans l'identité du but des deux actions¹. On pourrait penser que la *conditio indebiti* tombe sous l'application de l'axiome, car elle a précisément pour fin de faire trancher la question du *debitum* déjà résolue par la sentence. En réalité, il n'en est rien. La règle *bis de...* suppose deux conditions : non seulement l'*eadem res*, mais encore la déduction préalable d'une action, poursuivant cette *eadem res*, *in iure*². Il faut appliquer ici le même raisonnement que l'on a coutume de faire dans l'hypothèse de la *rei vindicatio*³. Dans la procédure formulaire, le défendeur qui se borne à répondre qu'il ne doit pas, ne déduit pas son droit à la répétition de l'indu, pour la raison bien simple qu'il ne fait valoir aucun droit mais une défense. L'action déduite est celle du créancier. Au contraire, l'action en répétition de l'indu ne peut appartenir qu'au prétendu débiteur, donc au défendeur qui ne la déduit pas par cela seul qu'il résiste à la demande. Enfin la *conditio indebiti* ne peut naître qu'après l'accomplissement d'une prestation. Comment dès lors admettre qu'elle ait pu être déduite à un moment où elle n'existait pas encore, puisqu'elle ne pouvait prendre naissance qu'après l'exécution de la sentence de condamnation et même pas dès le prononcé de la sentence ?

Le premier Rudorff a entrevu la difficulté. Il fait remonter l'exclusion de la *conditio indebiti* à une époque ancienne où l'*exceptio rei iudicatae* n'existait pas encore⁴, époque attestée par Gaius, 4.108. Le refus de la *conditio*, dit-il, en substance, renferme un *complément nécessaire* de l'*auc-*

1. Wenger, *Inst.*, p. 178.

2. Peu importe d'ailleurs que cette action soit la même que la seconde, voy. Wenger, p. 177-178.

3. Cf., Girard, *Man.*, p. 1106.

4. Rudorff, *op. cit.*, pp. 331 et s.

toritas rei iudicatae entrevue par les Romains¹.

Cette explication est néanmoins très insuffisante : d'une part, il n'a pu être question d'interdire la *conditio indebiti* avant qu'elle existât, c'est-à-dire avant les *ueleres*; d'autre part l'interdiction de répéter ne forme pas un complément de l'*auctoritas rei iudicatae*. Elle est au contraire le point de départ de cette institution nouvelle. Elle est même le seul élément dûment certain de cette dernière, si l'on admet avec M. Wenger que l'adage par deux fois reproduit au *Digeste*, mais émanant de la même source *res iudicata pro ueritate accipitur* est loin de pouvoir être entendu dans le sens d'une règle générale recevant application aussi bien *inter partes* que, dans des cas exceptionnels *inter omnes*². Car il est évident que l'exclusion de la *conditio indebiti* contre le *iudicatum* ne peut être qu'une pièce juridique grossière, destinée précisément à conférer à la sentence le caractère définitif qu'elle n'a pas sans elle.

Très instructif est, à cet égard, le fr. de Paul, 1.2 *quaestionum*, déjà reproduit³. A son sujet, Rudorff⁴ remarque avec raison qu'il pose dans les mêmes termes la question de savoir si la *rei uindicatio* compète à l'héritier qui, croyant qu'un autre était son cohéritier, a agi contre ce dernier par l'action en partage et découvre, par la suite, son erreur. La solution de Paul ne nous a pas été conservée. Mais tout nous pousse à admettre qu'elle était la même que celle qui concerne la *conditio indebiti* qui n'est pas de plein droit

1. Exemple : lorsque Primus réclame de Secundus le montant d'un prêt de mille sesterces et que le juge condamne Secundus, il est reconnu entre les parties avec force de loi que la somme à payer constitue un *debitum* de Secundus à l'égard de Primus et ce résultat ne peut être remis en question seulement que par le moyen juridique de l'*appellatio*, dit Rudorff, de l'*in duplum reuocatio* ou de la *restitutio in integrum*. Abstraction faite de ces moyens, la règle « post rem iudicatam nihil quaeritur » a vigueur. Si Secundus, après avoir payé les mille sesterces était entendu dans son affirmation que la somme était un *indebitum*, cela serait une atteinte au résultat positif passé en force de chose jugée. De même que la règle « qua de re semel actum est, de ea re amplius agi non potest » fait obstacle à une nouvelle action du demandeur après le jugement définitif, de même l'exclusion de la *conditio* protège le *dare oportere* une fois reconnu contre l'action nouvelle du précédent défendeur.

2. Wenger, *Inst.*, p. 210-211.

3. Voy. ci-des., p. 233, n. 1.

4. *Op. cit.*, p. 333.

écartée par le *iudicatum*. Aussi bien la *rei uindicatio* est-elle toujours citée¹ comme le type même de l'action qui, sous la procédure formulaire, permettait au défendeur de revenir sur la chose jugée, parce qu'il n'avait pas déduit son propre droit dans la première instance. Nous savons que ce défaut était corrigé sous l'empire². Or, jusque-là quelle était la raison profonde de l'exclusion de la *condictio indebiti* dans le cas du *iudicatum*, règle, nous le savons antérieure à l'empire, puisque, d'après Justinien aux *Inst.* 3.27.7, elle remonterait jusqu'aux *ueteres* eux-mêmes³?

Les considérations qui précèdent nous permettent d'écarter l'*auctoritas rei iudicalae* pour cette période ancienne. Notre opinion est par ailleurs irréfutablement contrôlée par une considération puissante : il n'est pas nécessaire, nous l'avons vu⁴, pour que la *condictio indebiti* soit écartée, qu'il y ait eu véritablement une sentence rendue : il suffit que l'auteur du paiement indu ait cru qu'il payait en vertu d'une décision judiciaire, « sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum ». Il est évident qu'il ne peut pas être question, en pareil cas, de l'autorité de la chose — qui n'est pas jugée. Dès lors, comment comprendre, expliquer la règle étudiée dans ce chapitre?

Il n'existe, pour nous qu'une seule façon de comprendre la dernière anomalie relevée. Elle est à nos yeux une sur-

1. Girard, *Man.*, p. 1106; Wenger, *Inst.*, p. 208; Giffard, *Leç.*, p. 144.

2. Gaius du moins nous l'atteste (I. 30 *ad ed. prouinc.*); D. 44.2, *de except. rei iud.*, 15 : « Quod si post rem iudicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra ; si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diuerso pronuntiatum uidetur tuam non esse ; si uero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua. » Cf. Wenger, *Inst.*, p. 208, n. 41.

3. A qui faut-il attribuer la qualité de *ueteres*? Pour Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1857, I, p. 154, n. 25; Pernice Labeo, I, p. 5, n. 6-7; Krueger, *Quellen*, p. 139, 3; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I (1888), pp. 100-101 et *Der Ursprung der römischen Eindere* (1910), p. 38, elle serait reconnue par les sources aux jurisconsultes antérieurs à Seruius Sulpicius (51 av. J.-C.). Cf. sur les opinions dissidentes de Joërs, Bremer et Huvelin, celui-ci, *Furlum*, p. 360.

4. Cf., ci-dessus, p. 232.

vivance de l'époque où le *iudicatus*, même s'il ne l'était pas vraiment mais croyait l'être, devait employer, pour se libérer, la *solutio per aes et libram*¹.

Il est inutile de revenir, à cette place, sur le texte capital de Gaius 3.173 et 174. La formule de la *solutio per aes et libram* : « Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque... » contient l'indication de la cause pour laquelle le paiement est fait. Ainsi le droit est irrévocablement fixé dès que l'obligé a déclaré qu'il est *condemnatus* ou *damnatus* et ne peut désormais revenir sur sa déclaration, ce qu'il ferait évidemment si la *conductio indebiti* lui demeurerait encore ouverte. Dès lors que les formalités de la balance et de l'airain ont été accomplies, tout est dit entre les parties, une *lex* est proclamée par elles, reconnue souveraine par le droit civil : le droit est consacré (*ius esto*).

Ainsi, puisque le *iudicatum* devait anciennement au moins être payé *per aes et libram*, le caractère définitif du *per aes et libram gestum* explique tout : cet acte ne se prête à aucune modalité, aucune condition, parce que rien ne peut l'affecter une fois réalisé ; de toutes façons, il ne porte que sur un *certum*.

Nous croyons que l'exactitude de nos déductions est confirmée par un texte formel :

D.12.6. *de cond. indeb.* 42 (Ulp. 1.68 *ad ed. Lenel*, *Paling*, 1480) : « Poenae non solent repeti, cum depon-
« sae sunt. »

Ce texte figure, dans la reconstitution de l'ouvrage primitif par Lenel² après D.43.5.3 §§ 11-14 et a été inséré sous la rubrique *ad formulam secutoriam*, à la suite de *de tabulis exhibendis*. De la position de ces différents textes, il résulte qu'il était question en cet endroit de la *poena contumaciae* méritée par celui qui refusait d'exhiber les tablettes. La *condemnatio* de la *formula secutoria* por-

1. Cf. Cuq, *Man.*, p. 543, n. 4, chez qui l'on trouvera exprimée l'idée à laquelle nous nous rallions, avec cette différence pourtant que l'éminent auteur semble admettre ici l'effet de la *damnatio*.

2. *Paling.*, 2, p. 805.

taît sur le *quantum inierfuit*. L'*aestimatio* devait donc être égale au montant du legs; peu importait que celui-ci n'ait été fait que sous condition; le légataire ne devait pas être contraint à promettre la restitution du legs, car, même si la condition venait à défaillir, il n'était nullement obligé à restituer « quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet ». Notre texte, D.12.6.42 vient immédiatement après cette solution, mais on doit constater entre elle et lui une coupure due évidemment aux ciseaux des compilateurs. Est-ce à dire pourtant qu'il soit impossible d'en retrouver le lien?

On a déjà pensé¹ que la règle « poenae non solent repeti, cum depensae sunt » pouvait s'entendre de peines payées *per aes et libram*, mais on a repoussé cette opinion pour deux raisons : la première serait qu'à l'époque d'Ulpien, il ne convenait plus d'attacher la moindre importance au sens technique originaire du verbe *dependere*, qui, s'il indiquait anciennement un paiement fait par l'airain et la balance, n'avait pas conservé cette signification; la seconde serait une considération tirée de la position première du texte².

1. Voy. Siber, *Röm. Recht* 2, p. 217, n. 15, qui d'ailleurs ne semble pas se prononcer.

2. Girard, *Man.*, p. 658, n. 1, écrit : « Mais la position première du texte et celle d'un autre texte équivalent (Gaius, D., 50.17 *de r. i.*, 47, Lenel 231) portent plutôt à penser qu'ils déclaraient, l'un que les peines régulièrement infligées ne donnent pas lieu à répétition lors même que les conditions de l'infraction auraient plus tard disparu (Ulp., D., 43.5. *de tab. exh.*, 3.14; D., 48.14. *de leg. Amb.*, I.2, D. h. t. 37), l'autre qu'une peine payée pour une infraction par un débiteur ne vient pas en déduction de sa dette. » Ces objections ne sont pas fondées. On voit par l'explication donnée ci-dessus au texte de D., 43.5.3.14, que le refus d'exhiber les tablettes est complètement indépendant de l'existence du legs, puisque le juge doit procéder à l'estimation du legs conditionnel comme si la condition s'était réalisée et sans qu'il doive contraindre le légataire à *cauere* pour garantir la restitution du legs si la condition ne se réalise pas. Une autre preuve nous en est fournie par le § suivant (D., 43.5.3.15) qui atteste que l'on s'est posé la question de savoir si le légataire pourrait encore obtenir le legs, après avoir obtenu la peine de la coutumace, question résolue par la négative par Ulpien, lorsque c'est l'héritier lui-même qui a payé l'estimation, et dans ce cas seulement. Nous sommes donc bien, en ce qui concerne D., 43.5.3.14, en présence d'une peine régulièrement infligée, mais non d'une infraction dont les conditions ont disparu. Le texte ne dit pas que la répétition de l'indû sera écartée, dans l'hypothèse qu'il vise, mais qu'il n'y aura pas lieu à restitution parce qu'il n'y a pas d'indû (*quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet*),

Or, ces deux considérations ne sont pas plus fondées l'une que l'autre, en ce qui concerne notre loi 42. La position du texte permet en effet précisément de déterminer avec certitude le sens du verbe *dependere* dans notre fragment. Que l'on prenne la peine de suivre la pensée d'Ulpien: l'estimation qu'a dû payer celui qui a refusé d'exhiber les tablettes ne l'a été *qu'après une décision du juge* et ce ne fut que dans la forme ordinaire du paiement fait après la *damnatio* de ce juge que, pendant longtemps tout au moins, le condamné devait se libérer. Nous sommes donc bien, dans l'hypothèse étudiée par Ulpien, dans un cas ancien de *solutio per aes et libram* et le terme *depensae* a toute sa valeur originaire. La loi 42 a pour signification très précise que les peines ne peuvent point être répétées dans les hypothèses où elles devaient à l'origine faire l'objet d'un paiement par l'airain et la balance.

Il convient d'invoquer à l'appui de l'interprétation qui vient d'être exposée un argument d'importance. En règle générale, la *poena* peut être répétée. D. 12.6.23 § 4, texte qui, jusqu'ici, n'a jamais été suspecté, nous l'atteste pour tous les cas où la *poena* est au double ou au quadruple dès le principe. Au contraire, la peine ne cesse de pouvoir être répétée que si l'action, sans être au double dès l'abord, croît *aduersus infilianlem* (*Inst.* de Justinien, 3.27.7, C. 4.5.4). Il faut en conclure que la règle « *poenae non solent repeti, cum depensae sunt* » ne peut pas s'entendre de la généralité des peines, ce qu'il faudrait admettre au contraire si l'on donnait au mot *depensae* le sens large de « payées ». Il y a donc identité entre les cas où la *poena* ne peut faire l'objet d'une répétition et ceux où elle fut payée *per aes et libram*. Peut-on désirer démonstration plus

deux choses bien différentes. A cette raison déjà décisive, il est clair qu'Ulpien, dans la loi 42, ajoutait une autre considération d'égale importance et « *Poena non solent.....* ». Quant aux autres textes invoqués par Girard, il il suffira de s'y reporter, comme nous l'avons fait nous-mêmes, pour concevoir qu'ils n'autorisent en aucune façon la conclusion que cet auteur prétend en tirer au sujet de notre loi 42.

sûre que l'exclusion de la *condictio indebiti* dérive de la *solutio per aes et libram*¹ ?

Pour tout dire en peu de mots, la règle vient, pour le *iudicatum*, de l'exigence ancienne de la *solutio per aes et libram*. Mais entendons qu'à cette époque lointaine, la *condictio indebiti* est encore inconnue. Il ne peut pas être alors question de l'interdire. Au contraire, elle apparaît à l'époque des *ueteres*, donc sensiblement à celle où la *solutio per aes et libram* cesse d'être exigée pour la validité du paiement et devient cette *imaginaria solutio* dont parlera Gaius. Nous comprenons dès lors pourquoi Justinien a pu rapporter à ces mêmes *ueteres* l'établissement de notre règle : c'est qu'il était nécessaire désormais, avec la disparition de la *solutio p. a. e. l.* qui constituait l'obstacle nécessaire, de proclamer l'interdiction de répéter, conséquence jusque-là du paiement formaliste. Il fallait consacrer expressément et ériger en un principe distinct ce qui était autrefois virtuellement contenu dans l'institution disparue. D'où le détachement et l'idéalisation de la règle dont l'origine est suffisamment décelée par le fait qu'elle s'appliquera, nous allons le voir, aux anciennes hypothèses où la *solutio per aes et libram* était exigée. Et c'est alors que l'on est arrivé à l'idée de l'*auctoritas rei iudicatae*, avec les progrès — de faible importance — réalisés dans cette voie.

Que la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti*, conséquence étroite et nécessaire de cette sorte d'*actus legitimus* qu'était la *solutio per aes et libram*, se soit, dans le droit classique, détachée de celle-ci et idéalisée dans la proclamation du principe abstrait de l'*auctoritas rei iudicatae*, cela est d'évidence, puisque, d'une part, la *solutio per aes et libram* correspond sûrement à l'époque d'un droit assez ancien où elle était incontestablement et dans tous les cas dûment exigée pour éteindre l'*actio iudicati*, et l'*auctoritas rei iudicatae* à une époque beaucoup plus ré-

1. Nous devons faire une réserve pour l'action de la loi Aquilia, car nul texte ne fait expressément mention, à son sujet, de l'exigence d'une extinction *per aes et libram*.

cente où l'*auctoritas rei iudicatae* a fini par être rendue inutile par la reconnaissance de l'effet extinctif du simple paiement. Sans rentrer dans la controverse — insoluble à notre sens et qui nous mènerait trop loin — des dates précises à rechercher, nous nous croyons autorisé à résumer en quelques lignes l'évolution qui s'est accomplie.

Le Romain primitif était sans doute bien loin de penser à l'*auctoritas rei iudicatae* qu'il ne sut d'ailleurs jamais pleinement reconnaître. L'usage nécessaire de la pesée du lingot, la mentalité de l'âge peu apte à admettre que l'on pût revenir par une sorte de fiction juridique sur un acte aussi concret, en jugeant inexacte la déclaration solennelle du débiteur avouant sa dette, suffirent à expliquer les origines de la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti*. Puis l'idée naissante de l'autorité de la chose jugée, beaucoup plus tard, empêcha une telle institution de sombrer dans l'oubli. Les jurisconsultes de l'époque classique peut être, en tous les cas ceux de l'époque postclassique, ne l'expliquent plus que par l'*auctoritas rei iudicatae* : ils ne la comprennent pas autrement. Dans le cas particulier du legs, Justinien, nous le verrons, avoue, qu'il ne comprend pas l'exclusion de la *condictio indebiti*¹. Il faut croire que les classiques ne la comprenaient pas davantage, puisque Justinien avait leurs œuvres sous les yeux. Née de l'acte *per aes et libram*, l'institution n'avait pas suivi la destinée de celui-ci : elle eut certainement disparu, comme il en fut pour le legs *per damnationem*, si la nécessité d'une nouvelle construction juridique, l'*auctoritas rei iudicatae*, n'était point venue lui donner une force nouvelle et plus jeune. Une fois encore le *per aes et libram gestum*, avec son caractère rigoureux et définitif, avait servi de base première à un édifice auquel il fournit l'une des rares pierres que les Romains surent mener à pied d'œuvre.

1. Ci-dessous, p. 249.

Actio ex testamento

Nous avons sur ce nouveau sujet un texte classique :

Gai. 2.283 : « Item quod quisque ex fideicommisso
 « plus debito per errorem soluerit, repetere potest;
 « at id, quod ex causa falsa per damnationem legati
 « plus debito solutum sit, repeti non potest. idem
 « scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum uel
 « ex hac uel ex illa causa per errorem solutum fue-
 « rit¹. »

On doit donc tenir, au moins en partie, pour classique la mention élargie de la même règle aux *Regulae* d'Ulpien.

24.33 : « Legatorum perperam solutorum repetitio
 « non est. »

Au contraire la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti*

1. La discussion instituée sur la pureté de ce fr. est, à nos yeux comme aussi, semble-t-il, à ceux de M. Appleton, *R.H.D.*, 1929, « *Les interpolations dans Gaius* », pp. 197 à 241, sans grand intérêt. D'une part, en effet, même en rapportant l'adjectif, « falsa » dans la première phrase à un glossème, ainsi que le veut Beseler, *ZS.* 46, p. 268 — qui d'ailleurs n'en a tenté aucune démonstration — il reste que le classicisme de l'interdiction de répéter ce qui a été payé en trop dans la *causa per damnationem legati* est encore attesté par le texte. Quant à la seconde phrase, il faut reconnaître qu'elle n'est pas claire. Aussi Savigny a-t-il proposé de supprimer « legato ». Cf. là-dessus Solazzi, *Minore età*, p. 294 : « Ma, se il periodo è difficile con « legato », senza, « legato » è una stortura ». Il est en effet impossible d'admettre, dit Solazzi, que Gaius traitait à cet endroit de la *solutio indebiti*. De même le membre de phrase « uel ex hac uel ex illa causa » prête à confusion, car on ne sait à quoi il se réfère précisément. Aussi Solazzi voit-il dans cette phrase tout entière un glossème. Voy. Appleton, *op. cit.*, p. 204. Nous pensons qu'il n'est certes pas défendu d'imaginer une imperfection de « la traduction en langage clair de la sténographie de leçons orales, prise par un de ces *notarii*, ces tachygraphes, si habiles, capables de saisir au vol l'éloquence d'un orateur... » (Appleton, p. 199) Mais toute autre est au fond notre opinion. Le texte est pur : c'est la pensée de Gaius qui n'est pas claire. Nous allons démontrer (au texte) qu'à l'époque de Gaius, l'exclusion de la *condictio indebiti* qui s'expliquait autrefois par l'exigence de la *solutio per aes et libram* « ex causa per damnationem legati » n'était plus qu'une survivance comprise dans l'hypothèse particulière de ce legs. Au temps de Gaius, la *solutio p. a. e. l.* n'est plus qu'une *imaginaria solutio*. Elle ne sert plus de support à la règle qui s'est détachée d'elle et a été conservée à raison de l'utilité qu'elle présentait dans la *causa iudicati*. D'où Gaius cherche à l'expliquer lui-même par l'addition « falsa (causa) » et par une distinction maladroite qu'il fait entre le « ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum » et le « non debitum... per errorem solutum. » Il cherche à retrouver et à expliquer la généralité de la règle ancienne qui s'appliquait à toute *causa per damnationem legati*. L'idée de M. Beseler est ici comme bien souvent ailleurs un trait de lumière. Mais quant à sa conclusion généralement absolue, il ne convient pas, à notre sens, de l'admettre.

est transportée par Justinien de la matière du « *legatum certum per damnationem relictum* aux legata et fideicommissa, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque uenerabilibus locis, quae religionis uel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita soluantur, non repetuntur¹.

Il semble donc, à première vue, qu'il ne convienne pas de s'étonner devant certains textes du Digeste où cette règle, plus ou moins directement étudiée originairement, a fait l'objet de remaniements apparents, signalés par les auteurs modernes.

D. 12.6. de *cond. indeb.* 2.1. (*Ulp.* 1.16 ad *Sab.*) : « Si
« quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum
« uel inofficiosum uel irritum uel ruptum apparuerit,
« repetetur... nam diuus Hadrianus circa inofficiosum
« et falsum testamentum rescripsit actionem dandam
« ei, secundum quem de hereditate iudicatum est². »

Avec raison, en étudiant le contenu de ce fragment, Eisele³ remarque que, malgré sa généralité (*si quid ex testamento solutum sit*), il ne peut s'entendre que des legs. Mais cette généralité, dit-il, est beaucoup trop large, car à l'époque d'Hadrien, il existait encore certains legs *per damnationem* pour lesquels la répétition de l'indu n'était pas autorisée. Le rescrit d'Hadrien ne viserait que la *condictio indebiti* intentée non pas par celui qui a effectivement payé le legs, mais par un tiers. Voici l'hypothèse à laquelle il s'appliquerait : l'héritier apparent a acquitté le legs; l'héritier réel ne devra pas, lorsque, dans la suite, en prétendant que ce legs a été payé par erreur, il exercera la *condictio indebiti*, s'entendre objecter que l'on ne répète pas un legs *p. d. c. r.* indûment remis au légataire, car il n'a en réalité rien payé par lui-même. Cette solution est rigoureusement conforme à la lettre de la dernière phrase (*nam diuus Hadrianus...*) de notre texte. Les compilateurs ont étendu la solution particulière d'Hadrien à toute la

1. Cf. ci-dessus, p. 155.

2. Interpol. [uel irritum-ruptum] [repetetur-....]; Bes., 4.47, Eisele (?), voy. note suivante.

3. Cf., *ZS*, 35 (1914), p. 35 et s.

matière du legs. En ce sens, ils ont certainement, pense Eisele, supprimé ou modifié tout ce qui, soit directement, soit indirectement, concernait dans notre fr. le legs *per damnationem*. Après *repelelur* notamment, le texte a été tronqué. L'héritier qui avait payé le legs fut ainsi admis à exercer lui aussi la *condictio*.

Eisele fait enfin ressortir¹ que la tendance des compilateurs à abroger la règle des *ueleres* résulte d'une autre constatation qui lui semble d'évidence. Tandis que, déjà à l'époque de Gaius, on remarquait la fréquente extension des règles juridiques concernant les legs aux fideicommiss, le mouvement d'assimilation ne s'est pas poursuivi pour la *litis-croissance* et la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti*. Ce serait même le contraire qui se produisit, ainsi qu'il faudrait le constater par la lecture de :

C.4.5. *de cond. indeb.* 7 *Dioclet. et Maxim. AA. et*
 « *CC. Dyonyisiae* : Fideicommissum uel legatum inde-
 « bitum per errorem facti solutum repeti posse explo-
 « rati iuris est. » (a. 293, V *id. Sept.*)

Les mots *uel legatum*, pour Eisele, sont certainement interpolés ici, car cinq mois auparavant, les mêmes empereurs avaient répondu :

l. 4 *eod. l.* « Ea, quae per infitiationem in lite crescunt,
 « ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse
 « certissimi iuris est. »

Si, comme cela ne semble pas douteux à notre auteur, le *legatum certum per damnationem relictum* était encore à l'époque de Dioclétien et de Maximien un cas de *litis-croissance* — car Eisele lie la règle étudiée à la *litis-croissance* — il serait impossible de comprendre que ces empereurs aient pu dire, en des termes aussi généraux *legatum repeti posse*. Au contraire, s'il n'était originairement, dans le rescrit de ces empereurs, question que du fideicommiss, on s'explique l'intervention des compilateurs. Ces derniers sont d'ailleurs intervenus maladroitement : ils auraient dû en effet écrire *legatum uel fideicommissum* et non pas *fideicommissum ue legatum*.

Nous n'avons pas besoin de dire tout ce que ce dernier argument a d'insuffisant et de relatif. Nous avons d'ailleurs beaucoup mieux à faire. La dissertation de l'éminent auteur tombe en grande partie devant certains textes qu'il a omis en particulier devant :

Paul. Sent. 3.6.92 « Prolatis codicillis uel alio testamento, quibus ademptum est legatum uel certe rescissum, perperam soluta repetuntur. »

On remarquera que l'hypothèse de fait à laquelle se rapporte ce fragment est la même que celle visée au D. 12.6.2.1. Le texte inséré au Bréviaire n'a certainement pas subi la main des compilateurs. On devrait s'attendre donc à ce qu'il donne la solution exactement contraire à celle que les gens de Justinien auraient, selon Eisele, étendu à toute la matière du legs. Or, le texte des *Sententiae* présente la même généralité (*legatum*) et la répétition est admise. D'où il résulte qu'en cette extrême fin du III^e siècle, la règle de l'exclusion de la *conditio indebiti* avait disparu déjà.

Cette disparition nous est confirmée par un texte intéressant :

C.6.50 *ad leg. Falcid.* 19 Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. : « Cum certum sit heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis praetendentem Falcidiaae repetitione uti, quia uidetur uoluntatem testatoris sequi, iubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit : quod ueteribus legibus in ambiguitatem deductum est. in utroque etenim casu, il est siue soluerit siue super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere uidetur. » D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo (a. 532)¹.

Le texte démontre, en premier lieu, que Justinien a jugé en 532, son intervention nécessaire, si ce n'est pour rétablir une législation vieillie, du moins pour empêcher un

1. Comp. avec D., 35.2 *ad leg. Falcid.*, 61, ci-dessus, p. 147.

oubli complet des lois anciennes consacrant *in ambiguitatem* le principe du refus de la *condictio indebiti* à l'héritier qui, parce qu'il s'était montré pleinement respectueux de la volonté du testateur, avait payé la totalité du legs sans s'arrêter à la limite autorisée par la loi Falcidia. Il faut sans doute remarquer en passant le mot *dependentem*, mais sans lui donner une importance qu'il ne peut avoir en cette époque où son sens courant est simplement de faire allusion au paiement. Ne convient-il point de voir pourtant en lui une réminiscence plus précise? Quoi qu'il en soit, la démonstration est faite, par la constitution de Justinien, de la désuétude, accusée déjà bien auparavant de ces *leges* antiques que le rédacteur ne comprend plus. La preuve certaine de la disparition dans la pratique de la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti* résulte en effet d'une autre considération.

L'hypothèse visée par la constitution est un ancien cas particulier du refus de la *condictio indebiti* après paiement d'un legs *per damnationem*. Il ne pouvait s'agir en pareille circonstance d'un autre legs. D'autre part, l'assimilation du paiement à la rédaction d'une reconnaissance écrite déjà rencontrée par nous¹, permet bien d'identifier les *ueteres leges* dont il est question avec ces dispositions anciennes qui figurent au C. 4.5. de *cond. indeb.* 4². et qui, toujours selon les commissaires de Justinien, remontent encore plus haut dans le passé, jusqu'aux *ueteres* eux mêmes. L'hypothèse de notre constitution se rapportait donc bien anciennement à l'action à *litiscroissance* du legs *per damnationem*.

D'autre part, la constitution nous donne un précieux renseignement : *quia uidetur uoluntatem testatoris sequi*. Dans le dernier état du droit romain, le législateur ne se fonde plus — à juste raison d'ailleurs — que sur une *aequitalis ratio* dérivant de la recherche de la volonté bien entendue du testateur, pour interdire la *condictio* dans le cas où l'héritier, *qui plenam fidem testatori exhibet*, a payé les legs *in soli-*

1. Cf., ci-dessus, p. 231, n. 1.

2. Ci-des., p. 230, n. 1.

dum sans se retrancher derrière les dispositions de la loi Falcidia. C'est tout ce qu'il comprend des motifs de la règle, ce qui démontre en même temps que, pour lui qui avait sous les yeux les textes mêmes de l'époque classique, il existait une autre raison déduite *in ambiguitatem* par les lois anciennes. Le mot *ambiguitas* appliqué par lui à celles-ci prouve certainement leur inobservation au moins en fait, car une loi obscure est une loi inapplicable ou qui a cessé d'être appliquée¹.

En concluant nous ne repoussons pas l'interpolation et l'interprétation de D. 12.6.2.1., proposées par Eisele. Ce que nous écartons, c'est la conséquence que cet auteur prétend en tirer, toute la doctrine qu'il a bâtie hâtivement sur la découverte d'une interpolation. Sans doute peut-on entendre le rescrit d'Hadrien dans le sens indiqué par lui. Mais il n'en résulte pas que les compilateurs ont soudainement bouleversé l'état du droit admis avant eux. La solution qu'ils ont consacrée (*legalum repeli posse*) était vieille de deux siècles, lorsqu'ils l'introduisirent dans les extraits de certains jurisconsultes classiques². Les *Sententiae* 3.6. 92 le prouvent et il est dès lors permis de penser que le contenu de C. 4.5.7 (a. 293) n'a pas été altéré par les compilateurs,

1. On s'explique aussi que les compilateurs du *Digeste*, mieux informés par l'étude directe des sources classiques et anciennes, aient plus ou moins retouchés certains textes, sans maintenir la décision donnée dans la constitution étudiée. Ainsi, par exemple, D., 35.3.1.9 : « Haec stipulatio ideo locum habet, quia etsi repeli potest id quod solutum est... » ; D., *eod.*, t. 3.10 : « Quod ea, quae per errorem [omissa uel] soluta sunt, condici possunt » < non possunt >, Kniep, *Besitz*, p. 398.

2. Il n'est peut être pas très exact que la règle de l'exclusion de la *conditio indebiti* n'ait jamais été étendue, comme l'écrit Eisele, aux *fideicommissis*. Cf. en effet, *Inst. Just.*, 2.20 *de legatis* 25 : « Incertis autem personi legata uel fideicommissa relicta et per errorem soluta repeli non posse sacris constitutionibus cautum erat. » Nous renonçons à entrer dans de plus amples détails à propos de cette solution. S'explique-t-elle tout simplement par la considération que l'incertitude de la détermination du bénéficiaire du legs a été levée par le paiement ? Est-elle ainsi complètement indépendante du legs a été levée par le paiement ? Est-elle ainsi complètement indépendante de la règle que nous étudions ? Faut-il y voir au contraire une extension et une déviation postclassique de notre règle qui, selon Ga us, ne s'appliquait qu'aux *legata per errorem soluta* ? Denons-nous trouver enfin en elle la preuve de l'inintelligence dans le droit du Bas-Empire de l'exclusion de la *conditio indebiti*, d'où des confusions, des méprises à la faveur desquelles elle fut transportée aux *fideicommissis* ? Nous préférons nous abstenir de répondre à ces questions.

quelle que soit la solution générale du rescrit au *C. cod. t. 4* précité. L'action qui croissait au double *aduersus infitiantem* était, nous l'avons vu¹, confondue au Bas-Empire avec l'action de la loi Aquilia. Il est donc possible que le rescrit *ea quae per infitiationem... ab ignorante etiam indebila soluta repeli non posse...*, malgré la généralité de ses termes, ne se rapporte tout simplement qu'à cette action. Au contraire, la décision de la loi 7 est rigoureusement précise, appliquée expressément au *legatum per errorem facti solutum*. Rapprochée de Paul, *Senl. 3.6.92*, c'est elle qu'il faut tenir pour vraie à la fin extrême du i^{ne} siècle.

Ainsi, la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti* a disparu de l'hypothèse du *legatum certum per damnationem relictum* payé par erreur entre l'époque d'Ulpien et celle de la rédaction postclassique des *Sententiae*. Quel fut l'événement, la cause de ce changement?

La solution précédemment dégagée à propos de l'*actio iudicati*, nous permet de répondre à cette question. Par un phénomène de conservation souvent reconnu, le principe de l'interdiction de la *condictio indebiti*, croyons-nous a été maintenu dans tous les cas anciens de *solutio per aes et libram*. Mais ce n'était là qu'une survivance dont le respect ne s'imposait plus en réalité que dans celui du *iudicatum* où les progrès de l'idée naissante de l'*auctoritas rei iudicatae* seuls désormais la justifiaient. On comprend par là la disparition lentement consommée de la règle dans toutes les autres hypothèses — hormis celle de l'*actio legis Aquiliae* qui occupe, nous le verrons, une place à part. Gaius, peut-être Ulpien seront les témoins de cette survivance. Au contraire le rédacteur des *Sententiae* attestera la désuétude complète de la prohibition d'intenter la *condictio indebiti* après le paiement d'un *legatum certum p. d. relictum*.

La généralisation de la procédure extraordinaire n'a-t-elle eu aucun effet sur cette lente altération du droit classique? Il est difficile de le préciser sans entrer dans une étude — qui nous mènerait trop loin — du renforcement de l'auto-

1. Cf. ci-dessus, p. 107 et ss.

rité de la chose jugée, dont on peut penser qu'elle a sans doute mieux fait ressortir l'insuffisance des bases de l'institution partout où elle ne s'appuyait pas sur le caractère définitif d'une décision judiciaire.

Pour en finir, avec l'*actio ex testamento*, nous croyons devoir répondre par avance à deux objections possibles :

1^o La règle de l'interdiction de la transaction, expliquée par nous de la même façon que celle de l'exclusion de la *condictio indebiti*, est encore attestée aux *Sentl.* 1. 19.2., alors que la seconde ne l'est plus. On en déduira peut être que le fondement des deux ne saurait être le même. Cet argument ne nous paraît pas devoir être retenu, car nous savons aujourd'hui que les *Sententiae Receptae* n'émanent pas de Paul, du moins dans la forme qui nous en a été transmise¹ et qu'il existe dans cette sorte de florilège des masses d'âge différents. La règle de 1.19.2 doit, à nos yeux, être tenue pour plus ancienne que celle de 3.6.92.

2^o On ne peut enfin tirer argument contre notre thèse d'un texte interpolé du Digeste, en concluant que la *condictio indebiti* était admise après une *solutio per aes et libram*, dans l'hypothèse du legs *per damnationem* :

D. 12.6. *de cond. indeb.* 26 § 7 : « Adeo autem perpe-
« tua exceptio parit conductionem, ut Iulianus libro
« decimo scripsit, si emptor fundi damnauerit heredem
« suum, ut uenditorem nexu uenditi liberaret, mox
« uenditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum

1. La thèse, selon laquelle Paul ne serait pas l'auteur des *Sententiae* a été exposée d'abord par M. Beseler, *Beitr.* I (1910), p. 99 et s.; après d'ailleurs un premier doute émis par lui dans son *Edictum de eo quod certo loco* (1907), 2, n. 1. Depuis ces vingt dernières années, elle n'a cessé de rallier à elle un nombre de plus en plus imposant de romanistes. Sur le dernier état de la littérature à ce sujet, cf. Ernst Levy, *ZS*, 50 (1930), p. 272-294 *Paulus und der Sentenzenverfasser* et ses conclusions, p. 294.

L'article de M. Lévy situe (comme Beseler, III.6) la rédaction des *Sentences* à une époque nécessairement antérieure à l'année 327 (ou plus exactement 328, voy. sa note, p. 293, n. 3 et cf. Code Théodosien, éd. Mommsen et Mayer, I.4.2), date du rescrit de Constantin : « Universa, quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt... Ideoque sententiarum libros plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos in iudiciis prolatos ualere minime dubitatur. »

« condicere : idemque et si debitorem suum dam-
 « nauerit liberare et ille ignorans soluerit¹. »

Selon l'interprétation courante de ce texte², le *casus* serait celui-ci : l'acquéreur n'aurait pas encore reçu le fonds à lui mancipé et il aurait obligé son héritier à ne point le réclamer au vendeur qui, dans l'ignorance de cette disposition testamentaire, transférerait la propriété vendue. Malgré la mancipation, la *condictio* serait donnée.

Nous comprenons ce texte de la manière suivante : un fonds avait été vendu tout simplement au tuteur; la mancipation devait avoir lieu; seule l'obligation de manciper peut, à nos yeux, expliquer le *nexus uenditi* créé et dont l'héritier aura à libérer — ce qui est la preuve qu'il existe — le vendeur; là-dessus, l'acquéreur oblige (*damnauerit*) son héritier à délier le vendeur de l'obligation dans laquelle il se trouvait de faire à son cocontractant la mancipation du fonds; il fait un legs de libération au profit du vendeur; or, ce legs porte sur un *facere liberare*, par conséquent sur un *incertum*; rappelons-nous Gaius 3.175 et la règle qu'un *legatum incertum per damnationem relictum* ne peut faire l'objet d'une *solutio per aes et libram*; nous sommes donc dans une hypothèse où, même si la libération du vendeur avait été accomplie, l'héritier eût pu exercer la *condictio indebiti* dans le cas d'une erreur³, le texte envisage l'hypothèse contraire, où la *condictio indebiti* compète au légataire (vendeur); peu nous importe que celui-ci ait mancipé le fonds à l'héritier; il ne s'agit jamais que d'une mancipa-

1. L'interpolation intéressante pour nous — nous négligerons les autres — est, dans ce texte, celle, signalée par Lenel, Paling, Ulp., 774, n. 1, de *iradiderit* que les compilateurs auraient mis à la place de *mancipio dedit*.

2. C'est l'opinion de Rudorff, *op. cit.*, p. 448-449, qui, dans une controverse avec Huschke et Bchl des *Nexus*, p. 190, n. 291, et c'est, plus récemment celle aussi de M. Koschembar-Lyskowski, *Die condictio als Bereicherungsklage im kl. röm. Recht* (1903), p. 60. Rudorff et Huschke sont cependant d'accord pour penser que *nexus uenditi* ne désigne ici, ni dans l'esprit de Julien, ni dans celui d'Ulpien, l'*obligatio uenditi*, mais l'*obligatio auctoritatis* née de la mancipation. Rudorff en conclut, contrairement à Huschke, que l'admission de la *condictio* ne permet pas de penser que l'*actio auctoritatis* était un cas de *litiscroissance*.

3. L'argument que nous donnons a été aperçu par Rudorff, p. 448 qui en a méconnu, à notre sens, l'importance décisive.

tion, non d'une *solutio per aes et libram* et l'analyse à laquelle nous venons de procéder a démontré que le legs *per damnationem* dont il s'agit au texte ci-dessus n'est pas de ceux où pouvait intervenir une *solutio per aes et libram* même très anciennement.

La seconde partie du texte (*idemque et si debilorem...*) ne donne lieu à aucune difficulté.

Que la *condictio indebiti* soit admise après une mancipation qui a eu pour effet de faire perdre sa propriété au *mancipio* dans, il n'y a là rien d'étonnant, surtout après une vente. Au contraire, en ce qui concerne la *solutio per aes et libram* d'une part celui qui l'effectue déclare solennellement, écrit M. Cuq¹, qu'il se dégage du lien qui l'unit à l'*accipiens*; il ne peut par suite aller à l'encontre de sa déclaration et prétendre qu'il s'est trompé : l'erreur est sans influence sur le sort de l'acte; d'autre part il parut impossible de considérer comme obligé *quasi ex mutuo* celui qui a vait solennellement déclaré qu'il entendait se libérer.

Actio depensi

Sur cette action, nous n'avons aucun texte particulier faisant mention de la règle étudiée. Néanmoins il est certainement raisonnable de transporter ici tout ce qui a été dit, au sujet de la *solutio per aes et libram* dans les développements consacrés à l'*actio iudicati*².

Actio legis aquiliae

L'exclusion de la *condictio indebiti* ne nous est attestée pour le *damnum iniuria datûm* que par :

Inst. Just. 3.27.7. : « Ex quibusdam causis tamen re-
« peti non potest, quod per errorem non debitum so-
« lutum sit. sic namque definierunt ueteres... ueluti
« ex lege Aquilia... »

1. Cf., *Man.*, p. 543, n. 4.

2. Nous connaissons en effet la parenté de ces deux cas de *litisconditio*. Cf. ci-dessus, p. 78 et s.

et par C. 4.5.4. précit¹.

Mais si le doute n'est point possible sur l'application de notre règle à la créance *ex lege Aquilia* dès l'époque des *ueteres*, le mystère n'est pas éclairci par ailleurs qui plane sur l'explication à lui donner. Toute tentative faite pour dissiper une telle obscurité rentre, il ne faut pas le dissimuler, dans le domaine de l'hypothèse. Faut-il donc y renoncer?

Une constatation s'impose : nous retrouvons, pour la loi Aquilia, encore une fois la solution de continuité remarquée² entre l'action de cette loi et les autres actions à *liliscroissance*. Il semble difficile de parler ici de *solutio per aes et libram* avant le jugement sans recourir à une fantaisie assez audacieuse³. Le caractère exceptionnel, tout de circonstance de cette loi nous apparaît par conséquent de nouveau.

La différence qui reparaît nous est bien connue cependant. Elle tient au fait que l'action de la loi Aquilia tend à faire obtenir au demandeur un *incertum* (*quanti id in eo anno uel in diebus XXX proximis fuit*), alors que dans les actions précédentes, le montant de la demande se trouvait rigoureusement fixé, déterminé à l'avance. Il en résulte que le versement de ce qui était dû au titre du *iudicatum*, du *depensum* ou même du *legatum certum p. d. relictum* qui, comme l'indique son qualificatif rentrait dans la notion du *certum*⁶, bien que la *condemnatio* portât éventuellement sur une somme incertaine, avait bien le caractère d'un paiement, de l'exécution directe d'une obligation. Le désintéressement de la victime du *damnum iniuria datum* au contraire ne pouvait pas se comprendre sans un accord préalable des intéressés, accord destiné à fixer exactement le montant de l'amende adéquate au dommage : il prenait par

1. Ci-dessus, p. 230, n. 1.

2. P. 228.

3. A moins de soutenir que Gai, 3.175 doit être entendu en ce sens que tout *damnatus* était obligé de se libérer *per aes et libram*. Mais nous avons dit que l'assimilation du *damnatus* au *iudicatus* nous paraissait douteuse. Cf., p. 138 et s. En outre, elle ne nous est attestée que pour le legs *per damnationem*. Voy. enfin nos réserves à la p. 238, n. 1 ci-dessus.

conséquent *dans tous les cas* la forme de la transaction, de la *pactio* interdite par la loi.

Dans ces conditions, faut-il, en étendant la solution dégagée à propos de la transaction intervenant sur l'*actio iudicati* ou l'*actio ex testamento*, dire que la nullité de la *damni decisio* avait pour conséquence de fonder au profit du délinquant un droit à répéter ce qu'il avait versé? Les sources, à notre connaissance, ne le disent pas. Mais c'est peu probable, car cela eût enlevé toute signification à la règle des *ueteres*; en outre la tendance remarquée de la loi Aquilia, qui fut certainement de diminuer la fréquence des procès en favorisant l'aveu du délit était absolument contraire à la possibilité de revenir sur la reconnaissance de celui-ci par le moyen de la *condictio indebiti*.

Nous rencontrons ici, pour la première fois, l'explication dominante — que nous n'avons trouvée encore dans aucun texte et dont l'utilité ne nous est jamais apparue — de l'exclusion de la *condictio indebiti* dans les actions à *litis-croissance*. L'unanimité des auteurs pensent encore¹ qu'il

1. Par une méconnaissance évidente de la règle qui interdit de transiger, la plupart des auteurs placent ici et nomment expressément une véritable transaction destinée à écarter, pour le défendeur, le risque du double. Cf. déjà en ce sens, Ortolan, *Inst.*, p. 896 en note, Voet, *Com. ad Pand.*, 12.6, § 5, Gluck, 13, p. 94, von Bangerow, *Leitfaden* III, 1847, p. 371. Huschke, *Z. f. G. R. W.*, 13, p. 274 donne une opinion plus intéressante. Il a prévu l'objection faite plus haut au texte et écrit que celui qui a acquitté l'indû ne peut pas répéter s'il a su ou dû savoir (« iuris ignorantia non prodesset ad adquirendam conductionem ») qu'en niant, il s'exposait à être absous ou condamné au double : un tel personnage n'a pas payé l'indû, puisque par ce paiement en guise de transaction il s'est exonéré du péril du double. En France, l'opinion dominante est représentée par Girard, *Man.*, p. 658, et généralement suivie dans l'enseignement. Rudorff seul a tenté de la réfuter, en faisant observer (*Z. f. G. R. W.*, 14, p. 329-330) que l'idée de la transaction doit faire présumer que la validité du jugement et le sort d'une révocation *in duplum* éventuelle paraissent problématiques à celui qui paie. Or, dans la plupart des cas, ce sera le contraire : ce dernier ne paiera que parce qu'il croit fermement à l'existence et à la validité du *iudicatum*. Et cette erreur est exclusive de l'intention de transiger, ainsi que l'énonce formellement Paul à la fin de D., 10.2.36 précité : « Non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putauerit. » Cf. enfin l'explication de Bethmann-Holweg, *Versuche*, 1827, n. 5 et *Geschichte des röm. Civilprozes*, p. 375, n. 4; *Civil proc.*, II, p. 725 et s. et d'Eisele, *Abhandl. zum. Röm.*; *Civil proc.*, Freiburg, 1889, p. 162-163, pour qui la *reuocatio in duplum* se combine avec la *condictio indebiti* (« Combinierung von Nichtigkeitsbeschwerde und Rückforderung, dit Eisele) en ce sens que c'est grâce à la *reuocatio* que le condamné récupérera sa prestation, s'il triomphe dans

fallait déjouer la fraude consistant, de la part du défendeur, à s'exécuter tout d'abord et à payer, pour échapper au *periculum dupli*, et à remettre ensuite sa dette en question par le moyen de la *condictio*. C'est là, pour eux, une explication générale, valable pour toutes les actions croissant au double *aduersus infitiantem*. Nous savons, par nos développements antérieurs, que cette idée est absolument étrangère aux sources de toutes les époques pour les trois actions précédemment étudiées.

Cette opinion provient d'une analyse insuffisante. Il n'est en effet nullement besoin de la règle spéciale aux cas de *litiscroissance* pour exclure la *condictio indebiti* dans l'hypothèse d'un paiement fait dans le but d'échapper à la *poena dupli* : payer alors que l'on sait que l'on ne doit pas ou que l'on considère l'action intentée contre soi comme susceptible de rencontrer chez le juge deux interprétations différentes et également douteuses, ce n'est plus payer par erreur; cela revient à payer sciemment, à transiger ou à faire une libéralité; dans tous les cas, cela suffit à écarter la *condictio indebiti*. Que si, en effet, il faut dire que le défendeur a préféré payer le simple sans plaider¹, les règles ordinaires de la *condictio indebiti* font obstacle au droit de répétition. Ainsi la doctrine dominante n'explique pas l'existence d'une règle spéciale à la *litiscroissance*. Pour lui demeurer fidèle, il faudrait admettre que les textes qui attestent *tout spécialement* le refus de la *condictio*, dans cette matière ne font que préciser l'une des applications des principes ordinaires de la recevabilité de la *condictio indebiti*. Cela peut-il être admis?

Cela est impossible. Qui ne voit qu'en retenant l'explication de la doctrine dominante, on tombe le plus souvent

la nouvelle instance, de la même façon que dans l'appel (D., 49.1 *de app.*, II : « Cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex necessitate iudicis ab eo qui appellacione interposita meruerit meliorem sententiam, recipere eum pecuniam quam soluit oportebit. »). Ainsi le plaignant ne peut récupérer que par la *reuocatio*, c'est-à-dire en s'exposant au danger du double et non par une simple *condictio* sans pénalité contre le succombant. Cf. les réfutations de Rudorff, *op. cit.*, p. 330-331 et Lenel³, p. 446.

1. Cette réfutation est déjà dans Huschke, *op. cit.*, p. 274. Vey. note ci-dessus. Il apparaît ainsi que Huschke s'est réfuté lui-même.

dans l'hypothèse de la transaction interdite¹? Or, nous l'avons vu pour les *act. iudicati* et *ex testamento*, en pareil cas, non seulement la *condictio indebiti* n'est pas écartée, mais encore la nullité elle-même de la transaction énoncée par les textes a pour effet d'autoriser la répétition. Dans deux cas sur quatre, la doctrine dominante, commet donc une lourde erreur. Il en est très probablement ainsi pour l'*actio depensi*. Quant au *damnum iniuria datum*, on ne comprend pas non plus comment il y serait possible d'exclure la *condictio* de l'indu au nom d'une transaction prohibée, qui ne saurait exister et qui, lors même qu'elle aurait été conclue, serait nulle. Ce n'est donc pas du côté d'une transaction qu'il faut chercher l'explication de la règle ici, mais de celui de la nullité de cette transaction.

Le paiement *avant le jugement* suppose nous l'avons dit plus haut, un accord sur le montant de l'indemnité incertaine, donc une véritable transaction. Or, cette transaction interdite par la loi qui n'admettait pas le *damnum decidere*², n'a jamais dû se produire dans la pratique, à cause des dangers qu'elle présentait pour le délinquant; la nullité de l'arrangement conclu laissait en effet la porte ouverte à l'action postérieure de la victime. Que le délinquant fut ou non admis à répéter ce qu'il avait versé en conformité de la transaction — et nous inclinons vers la seconde solution — ses risques se trouvaient aggravés par le paiement fait à l'amiable que pouvait toujours suivre une action judiciaire tendant à faire obtenir à son adversaire une seconde fois la même somme. La condamnation à intervenir contre lui n'aurait été d'ailleurs à même que de procurer au demandeur la différence existant entre ce qu'il avait réellement reçu et ce

1. Nous nous demandons même si l'on peut concevoir une autre hypothèse dans le *damnum iniuria datum*, hormis évidemment le cas d'une libération gracieuse. Le paiement n'est jamais un acte unilatéral; il suppose toujours un certain accord de volontés et contient un pacte aux termes duquel le débiteur verse le simple et le créancier l'accepte. Que ce dernier ignore ou non l'intention de son débiteur d'échapper à l'éventualité d'une condamnation au double en payant de suite, cela n'a aucune importance. De toutes façons, il existait dans le paiement un acte qui tombait sous la sanction de la règle « *ex pacto decidi non potest* ».

2. Ci-dessus, p. 224.

qu'il aurait dû percevoir, aux termes de la proportion fixée par la loi : l'auteur du dommage n'avait ainsi aucun avantage à conclure un arrangement amiable avec la victime et à la désintéresser d'une façon extrajudiciaire. Le résultat de fait fut sans doute que la *condictio indebiti* n'eut jamais à être exercée en pareille matière¹ et que le besoin ne s'en étant pas fait sentir ni la loi, ni les prudents, ni le magistrat n'eurent jamais à la créer ou à la donner. En réalité, à notre connaissance, les sources n'en offrent aucun exemple. Le recours à l'action confessoire paraît être toujours représenté comme une nécessité.

Quant au paiement fait après l'*aestimatio iudicis*, il est évident qu'il retombait sous l'application des dispositions prohibitives concernant le *iudicatum*. La *condictio indebiti* ne pouvait pas, à coup sûr, être exercée dans cette hypothèse.

Il est probable, il est certain, à nos yeux que les *ueteres* remarquant l'identité du cas que nous venons d'étudier avec celui des autres actions à *litis*croissance, ont construit la généralisation parvenue jusqu'à nous par l'intermédiaire des *Inst.* de Justinien.

Les autres actions

Il est inutile de poursuivre l'étude de la règle dans les actions apparues à la faveur d'une confusion dans le droit postclassique. L'exclusion de la *condictio indebiti*, dans les hypothèses qu'elles concernent, n'est mentionnée par aucun texte. Pour l'*actio de modo agri*, cela ne fait pas question : hormis le cas où la contenance livrée était bien égale à celle qui avait été déclarée et où par conséquent tout était fini,

1. On ne saurait conclure de D., 9.2.23.11 : « Si quis hominem uiuum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem uiuum esse, Iulianus scribit cessare Aquiliam,... » que la *condictio indebiti* était donnée en pareil cas. Le texte fait allusion expresse à l'*actio confessoria* qui ne peut être délivrée que si le défendeur refuse de payer au demandeur la somme que celui-ci exige. Il ne s'agit donc pas, sous l'expression *cessare Aquiliam* de la répétition d'un paiement indu, qui n'a pas eu lieu, mais de l'absolution que le juge doit prononcer.

on ne peut distinguer que deux éventualités; la contenance réelle pouvait être réellement inférieure et il n'y avait jamais lieu à répétition; elle était supérieure, et la *lex* ne faisait aucun obstacle à l'exercice de la *condictio*. Quant à la répétition de ce qui avait été payé par erreur *ex causa depositi*, cela ne fait aucune difficulté dans le droit classique.

*
* *

Nous pouvons conclure désormais .

Quoi qu'en disent les textes de l'époque byzantine¹, la règle de l'exclusion de la *condictio indebiti* dans les actions qui croissaient au double *aduersus infitiantem* n'est pas une conséquence directe de la nature de ces actions. Ses origines, l'explication qu'il faut lui donner sont loin d'être rigoureusement les mêmes dans tous les cas. Elles permettent de discerner d'une part l'effet de la *solutio per aes et libram*, de l'autre, celui des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le plébiscite aquilien a été voté et de ses dispositions particulières. Un certain élément d'unité peut cependant être retrouvé, en ce sens que partout nous retrouvons la volonté de la loi ou du testateur. Mais cette volonté ne s'est pas exprimée à raison même du traitement spécial de l'*actio quae crescebat aduersus infitiantem*. Elle n'a pas été commandée, exigée par celle-ci. Elle est une institution juridique qui s'est en quelque sorte superposée au régime de cette action. La généralisation des *Inst.* 3.27.7 et de *C.* 4.5.4. est une synthèse doctrinale faite, soit par un classique, soit par un auteur postérieur, tirée des ressemblances constatées entre les diverses hypothèses principales où à l'époque classique, le même phénomène d'ordre tout empirique se révélait à l'analyse. Elle est une synthèse un peu audacieuse, qui tient insuffisamment compte des dissemblances réelles et profondes qui, par ailleurs, eussent été reconnues.

Il est donc facile de comprendre maintenant que, comme

1. Ci-dessus, p. 225, *Inst.* 3.27.7.

la règle de l'exclusion de la transaction, celle de l'interdiction de répéter ne peut offrir aucun critère permettant de reconnaître avec certitude l'action à laquelle s'appliquait l'adage *lis infitiando crescit in duplum*. Il faut tenir pour erronné de s'attacher, comme le fait Rudorff presque dans tous ses chapitres, à rechercher si, dans l'hypothèse où une action déterminée était donnée, la *condictio indebiti* pouvait être exercée à l'encontre du paiement fait par erreur, pour savoir si cette action croissait au double *aduersus infitiantem*.

TROISIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LES ACTIONS PAR LESQUELLES ON POURSUIVAIT

LA « RES » ET LA « POENA »

On a depuis longtemps remarqué que les Romains n'avaient pas une idée très nette de l'action réipersécutoire et que, ni le domaine de l'action pénale, ni celui de l'action mixte n'avaient été délimités par eux¹.

Cette première constatation, dont l'exactitude a été maintes fois démontrée, a conduit les romanistes de ces trente dernières années à poser la question de savoir si la distinction des actions pénales, réipersécutoires et mixtes appartient au droit romain classique.

C'est à ce seul problème d'ordre purement historique que toute cette partie est consacrée. Quant aux conséquences juridiques à rattacher à la notion délicate de l'action mixte, elles seront très suffisamment indiquées à propos de l'évolution retracée.

C'est donc avant tout une question d'histoire que nous entendons d'ailleurs plutôt poser que résoudre définitivement dans le cadre restreint de cette œuvre.

1. Cf. par exemple, Wlassak, dans *Pauly-Wissowa*, v° *actio poenalis*, pp. 316-318 du t. I.



Sans doute Antoine Fabre, ce « dangereux perturbateur de la jurisprudence¹ » avait-il déjà signalé que l'activité des compilateurs s'était exercée dans le domaine des actions pénales. Mais le premier doute concernant le classicisme de l'action mixte ne fut émis que par M. Cuq, dans ses *Institutions Juridiques des Romains*². L'idée, née en France, devait rallier à elle, après toutefois un certain temps durant lequel elle demeura inaperçue, la majorité des auteurs italiens³ qui prétendent au mérite de l'avoir fait passer du plan de la terminologie juridique dans celui du concept, en transposant la suspicion de l'expression *actio mixta* en un soupçon de fond à l'égard de la notion elle-même de l'action mixte dans le droit classique⁴. Il devait appartenir à l'école allemande de signaler les tendances parfois extrémistes d'une telle conception et de construire une théorie assez subtile sans doute mais plus fortement étayée⁵.

La catégorie des actions mixtes apparaît dès l'abord, vicieuse et fausse, parce qu'elle comprend, dans les compilations de Justinien, des actions de nature très différentes. Ainsi l'expression technique *actio mixta* sert à désigner trois groupes très distincts d'actions : 1^o celles dans lesquelles *uterque actor est*; 2^o celles qui sont en même temps *in rem* et *in personam*; 3^o celles enfin où l'on poursuit à la fois la *res* et la *poena*. Les défauts des deux premiers termes de

1. Albertario, « Due antichi trattatelli sulle Interpolazioni », dans *Studi dell'Ist. di Eserc. nelle Scr. giur. e. soc. della Università di Pavia* et *B. I. D. R.*, XXVI, p. 94.

2. Cuq, *op. cit.*, II, p. 871, *Man.*, p. 556 et 825.

3. Albertario, *op. cit.*, de Francisci, *Studi sopra le az. pen.*, Milan, 1912; Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 336-337.

4. Albertario, *op. cit.*, p. 95. Cette affirmation nous semble cependant très contestable. M. Cuq, *loc. cit.*, précise que, selon lui, Justinien « créa » une nouvelle classe d'actions. D'autre part, on relève dans l'article de M. Audibert, *N. R. H.*, 1904, p. 694, cité par Albertario, des phrases telles que celles-ci : « Les commissaires de Justinien étaient seuls capables d'inventer (la théorie fausse des actions mixtes), étant donné le goût excessif et souvent peu éclairé qu'ils avaient pour les classifications juridiques. Sous ce nom d'actions mixtes, ils ont voulu créer une nouvelle classe d'actions... »

5. Cf. plus loin notre résumé des opinions de M. E. Lévy.

cette distinction ont été analysés ailleurs¹ et n'intéressent pas notre sujet.

Le caractère hétérogène d'une telle classification est certes fait pour inspirer un légitime étonnement. Mais ce n'est pourtant pas à la lecture du *Digeste* que celui-ci est né. Les anciens auteurs, Pernice par exemple², bien avant que la première suspicion fut jetée sur l'*actio mixta*, pensaient que l'idée de Gaius de faire des actions croissant au double *adversus infilientem* des *actiones quae rem et poenam persequuntur* était « peu heureuse et dépourvue de logique », car le double n'est qu'une pure peine de procédure prononcée à raison d'une négation téméraire et non pas la peine d'un délit. Et l'on connaît par ailleurs le mot de Ihering appelant l'*a. leg. Aq.* « une monstruosité technique ».

Cet étonnement n'a pas disparu de la littérature juridique se rapportant à la question. On le retrouve exprimé, avec une intensité variable, dans l'œuvre magistrale de M. Ernst Levy et dans les derniers manuels étrangers de droit romain³, parmi lesquels l'un va jusqu'à affirmer l'inexactitude du renseignement donné par le texte certainement pur de Gaius⁴.

L'impression d'ensemble, que laisse la lecture de toutes ces œuvres très diverses, conduit à penser que les doctrines, dans le détail desquelles nous croyons devoir pénétrer, sont toutes plus ou moins orientées vers un rejet systématique non seulement de l'*actio mixta* du droit classique, mais encore de toute considération importante à tirer du fr. de Gaius. Une opinion générale ou mieux : une tendance générale a pris force, semble-t-il, au point de jonction de deux courants déjà indiqués : le plus ancien provenant de l'étonnement provoqué par la méconnaissance du texte

1. Cuq, *loc. cit.* et *Man.*, *loc. cit.*; Audibert, *op. cit.*, et, outre Albertario et de Francisci, Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisorii*, *R. it. per le sc. giur.*, 1913, p. 223 et s., sur les actions mixtes « tam in rem quam in personam », ce dernier dans un sens très voisin de celui de M. Cuq, *Inst.*, p. 871. Albertario rattache la création de ces actions au dogme byzantin de la *natura actionis*.

2. *Sachbeschädigungen*, pp. 118-121.

3. Cf., Arang. Ruiz, *1st.*, p. 336-337; Siber, *op. cit.*, p. 225.

4. Siber, *loc. cit.*

de Gaius et tout disposé déjà à accueillir une suspicion; le plus récent dérivant de la notion dégagée en 1905 de la *natura actionis*¹, beaucoup plus que de l'idée longtemps méconnue de M. Cuq.

Il ne peut être question pour nous de résumer ici tous les ouvrages qui servent d'éléments fondamentaux, quoique peut-être bien épars, à cette opinion. Il nous suffira, croyons-nous, d'en extraire les œuvres et les auteurs les plus représentatifs des deux courants historiques dégagés. Pour le premier, Pernice paraît naturellement désigné. MM. de Francisci et surtout Albertario sont les représentants du second. Mais ces doctrines ne retracent que l'évolution de la critique. Elles ne marquent ni le point de départ, ni celui d'aboutissement qu'elles ont préparé. Aussi bien la forte personnalité de M. Ernst Levy leur a-t-elle imprimé en dernier lieu une direction particulière, marquant un sérieux retour au classicisme non de la notion d'une action à la fois pénale et répersécutoire, mais de celle de « la fonction répersécutoire, dans certains cas, de l'action pénale. » Cette formule abstraite sera expliquée plus loin.

Quant au point de départ, c'est dans l'œuvre de Savigny qu'il convient de le rechercher.

Theorie de Savigny².

L'action par laquelle *rem persequitur* (= *rei persequendae causa datur*) et celle qui *poenam persequitur* (— *pœnae persequendae datur*, forment les deux termes opposés entre lesquels l'auteur reconnaît l'existence d'actions mixtes réunissant les deux buts de la conservation de la *res* et de l'enrichissement résultant de la *pœna*. L'action mixte se

1. Cf. Longo, « Il criterio giustiniano della Natura actionis », dans *Studi in onore di Vitt. Scialoja*, Milan 1905, t. I, p. 607-641. Collinet, *La natura actionis dans l'œuvre de Justinien et ses rapports avec le libelle*, Lille (1909), *La natura actionis*, au t. I des *Etudes*, p. 193 et s.

2. Cf. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, 1846, t. V, p. 40-66, System, §§ 211 et 212.

compose en réalité de deux actions distinctes dont il est toujours facile, dans l'application, de séparer les parties constitutives. Elle ne doit donc pas être rangée dans une catégorie spéciale, différente des deux premières. Mais la simplicité de cette classification bipartite est détruite par l'existence d'actions nombreuses occupant une place intermédiaire et dont le caractère distinctif réside dans le fait qu'elles ont pour chacune des parties un résultat différent : pour le demandeur, la conservation de l'état de ses biens, pour le défendeur, une peine, c'est-à-dire un changement possible de cet état. L'exemple classique est l'*actio doli* qui ne procure au demandeur que la réparation et à laquelle le défendeur est exposé alors que la fraude ne lui a nullement profité. Il y a alors destruction d'une portion de biens, appauvrissant le propriétaire sans enrichir le coupable. Cette troisième catégorie d'actions forme la classe de celles que l'auteur appelle « pénales unilatérales » par opposition aux « actions pénales bilatérales », donc à toutes les actions ayant pour résultat d'amener des deux côtés une modification de l'état du patrimoine, en enrichissant la victime et en dépouillant le coupable.

Quant au surplus des opinions de Savigny, nous défiant un peu des critères de forme, nous nous bornons à renvoyer, à leur sujet, à l'étude citée¹. Nous ne retenons que l'expression *rei persecutionem continet* qui, dit l'auteur sert à désigner toutes actions (même pénales unilatérales) autres que les actions pénales bilatérales, soit qu'il s'agisse des actions mixtes, soit que l'expression se rapporte à des actions purement répersécutoires (conservatrices).

Lorsque l'action est mixte, la portion correspondant à l'indemnité (*res*) peut être demandée aux héritiers du délinquant jusqu'à concurrence de leur enrichissement à raison du délit². Ainsi au simple cette action n'est pas complètement pénale, car elle ne se cumule pas avec la *condictio*³. Une telle action n'est donc pas pénale par prin-

1. Cf. *loc. cit.* (Traité), p. 45-47.

2. D., 47.9 *de incend.*, 4, § 2.

3. D., 3.6 *de calumn.*, 5, § 1 (Savigny, *op. cit.*, p. 50, n. e).

cipe : *elle est éventuellement pénale*. Les actions à *liliscroissance* ne sont pas appelées : *poenales actiones*, parce qu'on ne peut prévoir d'avance s'il y aura lieu à l'addition de la peine¹. Tel est le cas de l'*a. leg. Aq.* qui a, pour objet direct, une indemnité.

Théorie de Pernice

Pour un grand nombre d'auteurs allemands de la seconde moitié du xix^e siècle et du début du nouveau², toute action naissant *ex contractu* devait être considérée comme réipersécutoire et toute action naissant *ex delicto* comme pénale. Cette conception est exprimée avec force par M. Pernice³.

Sans doute, pour cet auteur, ne convient-il pas de dire qu'une telle règle se comprend d'elle-même. En réalité, un délit privé constitue, d'une part, la violation d'une disposition d'ordre public, qui doit entraîner une répression de la part de l'Etat et, d'autre part, un empiètement dans une autre sphère juridique, qui doit fonder une action en indemnité. L'action privée aurait donc dû être considérée comme purement réipersécutoire.

Mais les Romains n'ont certainement pas compris la chose de cette façon. Les véritables actions pénales ne reposent sur aucune considération économique et l'on n'y cherche point à procurer au demandeur, par une prestation pécuniaire, autre chose qu'une satisfaction personnelle. Telles sont l'*a. iniuriarum*, l'*a. sepulchri uiolati*, la *querela inofficiosi*. En droit romain cependant, les actions les plus différentes ont été rangées sous la dénomination d'actions pénales, *parce que toutes naissaient d'un délit*.

Quant aux actions mixtes, il est possible de comprendre désormais pourquoi il apparaît à M. Pernice que l'idée de Gaius groupant en une classe distincte les *actiones quae*

1. Sav., *op. cit.*, p. 61 et n. f.

2. Cf. Pernice, *Sachbesch.*, pp. 118-121; Eisele, *Archiv. Prax.*, 77.465; Siber, *Passivlegitimation*, 172, 175.

3. *Sachb.*, p. 118; Savigny (*System*, V, 37); Winscheid (*Actio*, 23 et s.) avaient déjà fait la même constatation, mais sans l'exprimer avec la même netteté.

rem et *poenam* *persequuntur* est vraiment — comme cela a été reconnu depuis longtemps, dit-il — dépourvue de logique et peu heureuse. Le double en effet n'est qu'une pure peine de procédure à raison d'une négation téméraire et non pas la peine d'un délit¹. Mais Gaius ne dit rien de l'existence d'un supplément pénal dans le cas où l'action ne porte que sur le simple. Le *simpulum* semble à Gaius aussi indivisible et unitairement formé dans l'*a. legis Aquiliae* que dans l'*a. iudicati*. Au contraire, au sujet de l'*a. leg. Aq.* la comparaison du texte de Gaius (IV.9) avec les *Institutes* de Justinien (4.6.19), fait ressortir une profonde différence. Sans doute l'idée de considérer l'*a. leg. Aq.* comme une action mixte a-t-elle été inspirée aux commissaires de Justinien par Gaius lui-même :

III.214 : « Quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est. »

Mais il faut s'en tenir aux indications de Gaius. Ainsi, lorsque l'on considère les sources sans opinion préconçue, on se rend compte que les jurisconsultes n'ont jamais tenu l'*a. leg. Aq.* pour une action mixte et qu'ils n'ont pas fait, de ce qui était obtenu en plus de la simple réparation du dommage, autre chose qu'une partie de l'estimation.

Dans ces conditions, l'*a. leg. Aq.* est toujours pénale et, par elle, on poursuit la réparation du dommage en guise de peine. Certes les Romains ont eu conscience de la différence existant entre la peine et l'indemnité, mais ils ont dit nettement que la considération déterminante était celle du fondement de l'action, c'est-à-dire le délit, et non pas celle de l'objet de cette action². Peu importe que l'action ait pour mesure l'intérêt du demandeur. *Les Romains désignent et traitent une pure action en indemnité comme pénale*³. Si l'on veut trouver dans les textes qui représentent tantôt l'*a. leg. Aq.* comme pénale⁴ et tantôt comme *ad rei*

1. C'est ce qui résulte, pour l'auteur, de D., 5.3.20, § 4 et D., 33.8 *de pec. leg.*, 9, § 1.

2. D., 4.7 *de al. iud.* 4, § 6.

3. D., 27.3 *de tul. et rat.*, 1, § 23 (Longo, *B. I. D. R.*, 14, 159), D., 43.4 *ne uis fiat*, I. § 5 et § 8.

4. La théorie d'un supplément pénal à l'indemnisation du dommage en

*persecutionem respiciens*¹, il faut accuser les juristes romains d'avoir confondu les deux concepts de la peine et du dédommagement, ainsi que Savigny n'a pas craint de le faire. Il est au contraire possible et nécessaire de concilier les textes et cette conciliation est précisément offerte par Pernice, lorsqu'il écrit que l'indemnité était considérée comme une peine dans les actions délictuelles. La vérité, ajoute-t-il, est que l'opinion qui souligne le *caractère pénal* de la peine est historiquement exacte pour l'époque primitive et que les juristes postérieurs, après avoir discerné l'élément indemnitaire qu'elle contenait, n'ont jamais abandonné la vieille manière de voir. Ils ne sont point parvenus ainsi à un principe très clair. Cela était d'ailleurs impossible, car cela supposait le rejet préalable de l'un de ces deux éléments inconciliables que sont la peine et la réparation, pour conserver l'autre exclusivement².

Théorie de de Francisci et d'Albertario

Après Perozzi³ qui entrevit le premier les bases d'une théorie nouvelle, M. Albertario étendit plus précisément à la notion elle-même de l'action mixte — comme l'avait fait déjà M. Cuq — la controverse primitive. En bref MM. Albertario et de Francisci professent la même opinion au sujet de l'action pénale à l'époque classique, en disant qu'elle a toujours pour origine unique un délit.

M. de Francisci trouve cette définition dans Gaius IV.9. Dans l'*a. leg. Aq.*, dit-il, il est certain que nous ne poursuivons que la *res*. Et pourtant on ne peut douter que cette

se vérifie, dit M. Pernice, nulle part ailleurs que dans Gai, IV.9. Il suffit de lire, D., 5.1.18, § 1; D., 9.2.11, § 3 (« nam ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non releuat : cum sit poena »); D., 9.2.51, § 2, Paul, *Sent.*, 1.13, § 6; Gaius, 3, 211 (« itaque *impunitus* est, qui sine culpa et dolo malo quodam damnum committit »), pour se rendre compte que l'*a. leg. Aq.* est toujours considérée comme pénale. Mais cette action ne doit pas davantage être opposée à une action en indemnité qu'à une action pénale : les textes font mention d'une indemnité payée à titre de peine (D., 27.6.9, § 1; *Inst.*, 4.1 de *obl. q. ex. del. pr.*; C., 7.47, loi unique).

1. D., 17.2, *pro soc.*, 50 (Paul, *lib.*, 6 ad *Sab.*).

2. Cf., Pernice, *Labes II*, 172, n. 5.

3. *Istit.*, II, 64, n. 2.

action soit considérée par Gaius comme toujours pénale, soit qu'elle ne porte que sur le simple, soit qu'elle s'élève au double¹. Une telle particularité n'existe d'ailleurs pas à l'état isolé dans le droit romain. Les *Institutes* de Gaius sont en parfaite harmonie avec d'autres textes qui nomment pénales des actions ayant pour tout contenu l'indemnisation du demandeur.

Mais, pour cet auteur, une action pénale ne peut avoir la nature d'une action en indemnité, car même lorsqu'elle contient implicitement une *rei persecutio* et a pour résultat occasionnel d'indemniser la victime, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle n'a pour but que la punition du coupable.

L'antithèse que les juristes modernes reconnaissent et expriment par les adjectifs « pénal » et « réipersécutoire » n'est pas rendue par les expressions romaines *poenalis* et *rei persecutionem continet*, car cette dernière n'est qu'une *pura abstraction* sans conséquence juridique effective.

D'où il résulte que la conception de la *poena* qui ressort de Gaius IV.9 n'a pas influé sur le concept classique de l'action pénale, celle-ci pouvant être aussi bien une action qui avait seulement pour résultat d'aboutir à une simple réparation du dommage.

M. Albertario² reproche principalement à M. de Francisci de ne pas mettre plus clairement en relief la distinction des actions réipersécutoires et de celles qui ne le sont pas. Pour lui cette discrimination est faite par la célèbre définition de Cassius chez Paul :

D.44.7.35 (Paul, lib. 1 *ad ed. praet.*) : « In honorariis
« actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae
« rei persecutionem habeant, hae etiam post annum
« darentur, ceterae intra annum. honorariae autem,
« quae post annum non dantur, nec in heredem dan-
« dae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur... »

La conciliation avec Gai. IV.6 :

« Agimus interdum, ut rem tantum... »

est facile à cet auteur. Gaius, dit-il, ne distingue pas entre

1. *Op. cit.* ci-dessus, p. 264, n. 3.

2. *B. I. D. R.* 26 (1914), p. 97 et s.

les actions réipersécutoires et pénales, mais expose simplement quels peuvent être les différents contenus des actions, c'est-à-dire la *res* ou la *poena* ou encore les deux en même temps. Au contraire la distinction est faite par Cassius, et l'on comprend pourquoi les actions naissant d'un délit, donc les actions pénales, ne peuvent pas être comprises parmi les actions *quae rei persecutionem habent* : c'est que la *res* joue alors le rôle d'une *poena*, ou, plus exactement, a le sens large de *risarcimento*. Voilà pourquoi, en face des actions pénales, il existe des actions réipersécutoires qui ont pour objet la *res* dans le sens certes beaucoup plus large de *risarcimento* tenant lieu de *poena* due à raison d'un délit.

Quant aux actions mixtes, elles virent le jour du fait que le dogme byzantin de la *natura actionis* interdisait aux compilateurs d'admettre, au regard du texte de Gaius IV.9, qu'une action pénale pût avoir pour objet soit la *res* seule, soit la *res* et la *poena*. Une nouvelle distinction fut alors conçue, fondée sur le contenu substantiel des diverses actions. L'action qui avait pour contenu la *res* fut considérée comme réipersécutoire, celle qui avait la *poena*, comme pénale, celle enfin qui portait à la fois sur les deux, comme mixte. Justinien fixa la nouvelle terminologie dans les *Institutes*, dont le caractère élémentaire semblait l'exiger, mais sans la reproduire ensuite au *Digeste*. Ainsi sont devenues mixtes l'*a. leg. Aq.* et l'*a. ui bonorum raptorum* qui étaient pénales dans le droit classique¹.

Après l'exposé d'une telle doctrine, il est naturel de trouver sous la plume de M. Albertario l'énumération des nombreuses hypothèses dans lesquelles le dogme byzantin de la *natura actionis* a conduit à la distinction de la part qui devait être faite à la *res* et à la *poena* dans une seule et même action².

1. Cf. sur la première, Gai, IV.112; D., 50.17.111, § 1 et D., 50.17.111, § 1 pour la seconde.

2. Ainsi, *Inst.*, 4.6.24, attribué aux compilateurs par Ferrini, D., 4.2.14.10 : « Quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et

Enfin M. Albertario rappelle que, pour lui, Biondi a, dans ses études sur les actions arbitraires, démontré que Justinien seul avait décidé que le défendeur, dans les actions pénales que l'on dit arbitraires, comme l'*a. quod metus causa*, l'action de dol, pourrait restituer la *res* arrachée frauduleusement ou extorquée avec violence et échapper ainsi à la peine. De ce point de vue encore une action pénale devait devenir mixte, puisqu'elle pouvait procurer, grâce à l'innovation de Justinien, la *res* elle-même par le chemin indirect de l'*arbitratus iudicis*.

On peut conclure, termine M. Albertario, que les motifs, pour lesquels une action pénale devait devenir mixte dans le droit de Justinien, sont au nombre de trois : ou parce que le dogme byzantin de la *natura actionis* ne permettait pas de considérer comme pénale une action conduisant au simple dédommagement de la victime (ou à celui-ci en même temps qu'à une peine); ou parce que dans le calcul total de la peine était désormais comprise la *res* restituée (comme dans l'action *quod metus causa*); ou parce que la peine pouvait dorénavant être évitée, si le défendeur restituait *arbitrio iudicis* la chose avant la sentence¹.

eius restitutio fiat, poena autem usque ad triplum stetur », paragraphe dont M. Albertario remarque qu'il est attribué également aux compilateurs par A. Favre, Lenel, Eisele, Gradenwitz, Girard et d'autres. L'exactitude de cette attribution ne fait aucun doute, pensons-nous. Ce texte est relatif à l'*a. quod metus causa*, autre action qui, de pénale à l'époque classique, dit-on, est devenue mixte sous Justinien. Il en serait de même pour l'*a. rat. distrahendis*. Cf. D., 27.3.2.2 : « Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est. » De même encore pour l'*a. quod publicanus ui ademerit* : Gai, *ad ed. prouine*. D., 39.4.5 : « Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio euanescat. post acceptum uero iudicium nihilo minus poena duret. Sed tamen absolendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est (interpolation selon Biondi, *Act. Arbit.*, p. 38), § 1. Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutionem an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit. » Cf. Lenel, *Edictum*³, p. 388, n. 1. De même enfin, D., 11.3 *de seru. corrup.*, 14.5 : « In hac actione (non) extra rem duplum est : id enim quod damni datum est duplatur. », où M. Albertario voit deux interpolations, la forme pénible de « non extra rem duplum est » aboutissant à un renversement du contenu du texte par l'addition de *non*. Le véritable principe classique, concernant les actions pénales et démontrant l'altération de tous ces textes, se trouve pour M. Albertario au D., 47.2 *de furtis* 48, *pr.* : « nam in actionem poenalem, non uenit ipsa res... »

1. Il convient de dire de suite que de ces trois motifs, l'un, le dernier, a fait l'objet d'une réfutation quasi unanime en France et en Allemagne.

Quant aux raisons qui poussèrent les compilateurs à créer la catégorie des actions mixtes, M. Albertario les voit dans une série d'innovations de Justinien. D'abord l'idée explique que l'intransmissibilité active, autrefois propre aux actions pénales, ne s'applique pas à certaines d'entre elles. Les textes justifient cette solution par des phrases telles que *quoniam rei habet persecutionem*¹. A ce sujet un critère de forme est dégagé : chaque fois qu'une pareille explication ne trahit pas la main des commissaires de Justinien, elle est accompagnée de l'énumération complète des qualités propres de l'action (transmissibilité active, passive,

La thèse connue de M. Biondi, sur la création byzantine de la catégorie des actions arbitraires, a été repoussée notamment par Girard (*Man.*, p. 1085, n. 2) et par Lenel, dans son article de la *Festschr. f. Sohm*, p. 208 et s. Au terme de ces discussions, Lenel a conclu dans sa dernière édition de l'édit (p. 113) d'une façon décisive qui doit attirer l'attention. L'offensive vigoureuse de M. E. Levy, *ZS.* 36, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, p. 1 à 82, ne nous paraît pas, devant la réfutation bienque partielle de Lenel² *loc. cit.*, avoir atteint son but. Voy. cependant les tendances sympathisantes de Schönbauer, *ZS.* 52, compte rendu de l'ouvrage de Düll, *Der Gutege danke im röm. Zivilprozessrecht*, en sens différent d'ailleurs de Düll lui-même. A notre sens cependant, la seule question qui puisse faire difficulté désormais, sur le sujet des actions arbitraires à l'époque classique, est non plus celle de leur existence, mais celle de la rédaction de la clause de restitution dans la formule. Cf. à ce sujet, Wlassak, *Judicationsbefehl*, 1921, p. 160, 242 et *Die klassische Prozessformel*, 1924, p. 3, à qui, modifiant légèrement la restitution de la formule telle qu'elle figure dans ses éditions antérieures, M. Lenel a cru devoir faire une concession de forme, tout en restant absolument ferme sur la question de fond. V. en outre, M. Giffard, *Leçons sur la proc. rom.*, Paris, 1932, pp. 140-141. Quant au second motif indiqué par M. Albertario, il nous semble contredire singulièrement le dogme byzantin de la *natura actionis*, qui a visiblement cependant toutes les préférences de l'auteur. On ne s'attendrait guère, en effet, après l'exposé de, l'opinion de M. Albertario, à entendre dire que le concept byzantin n'a pas empêché les compilateurs de Justinien à comprendre dans le calcul de la *poena* aussi la *res*, dont la « substance » est foncièrement différente de celle de la *poena*. Aussi bien croyons-nous que c'est pousser trop loin le principe de la *natura actionis* que de vouloir le retrouver dans la catégorie des actions mixtes où les profondes dissemblances de fond entre des actions, telles que les actions *tam in rem q. in pers.* et celles où *uterque actor est* et nos actions *quae rem et poenam persequuntur*, défendaient précisément de retrouver une notion unitaire substantielle. Que les compilateurs aient péché, par un excès de systématisation, cela est d'évidence. Mais qu'ils n'aient fait que mettre la dernière main à un développement historique déjà accompli en synthétisant d'une manière imparfaite d'ailleurs, sous le terme nouveau d'action mixte, des résultats acquis, c'est ce qui nous paraît résulter, pour les actions qui faisaient obtenir la *res* et la *poena* de la démonstration de M. Ernst Levy qui sera résumée plus loin.

2. Cf., D., 4.2.16.2; 4.2.14.2; 4.7.4.7; 42.5.11 et autres textes cités par Albertario. Il s'agit principalement des actions *quod metus causa* et contre celui par le dol de qui « *causa possessionis deterior facta esse dicetur* »...

perpétuité), comme c'est le cas au D. 42.1.6, § 3 :

« Iudicati actio perpetua est et rei persecutionem
« continet : item heredi et in heredem competit. »

Une seconde réforme de Justinien est aussi expliquée, selon l'auteur, par l'idée de l'action mixte. Dans le droit de Justinien, comme l'a démontré M. Bonfante¹, la responsabilité cumulative *in solidum* est fréquemment abolie dans les actions privées où le concept rigide de la peine privée a disparu. Or, M. Albertario pense qu'un tel résultat a été rendu possible grâce à la croyance que l'*actio mixta* contient aussi une *rei persecutio* et que le paiement de la *res* par l'un des codélinquants libère tous les autres².

Mais la grande innovation de Justinien, celle que paraissent admettre un nombre de plus en plus grand de romanistes modernes, a été la reconnaissance, dans une certaine mesure, de la transmissibilité passive de l'action pénale en certaines hypothèses. Sans doute le principe selon lequel les actions pénales ne se transmettent pas passivement a-t-il été répété au Digeste³. Mais la catégorie des actions pénales classiques a été réduite : elle a été dédoublée, les actions pénales proprement dites, intransmissibles passivement, ayant été groupées à part des actions mixtes qui portaient encore sur la *res* ou sur le *quantli interest* ou sur le *quantli ea res* et n'étaient donc pas limitées à la *poena*. C'est à ce second groupe que la transmissibilité passive dans les limites de l'enrichissement a été reconnue. Ainsi Justinien, en créant les actions mixtes, s'était ouvert la voie vers cette réforme.

1. *Istit.*, 5^e éd., p. 367 et s.; Albert., p. 105.

2. *Ex. a. quod melius causa*, D., 4.3.17. Cf. sur autres actions et textes, Albert., pp. 106-108. Albertario est tout naturellement conduit à reconnaître comme mixtes dans le droit de Justinien un très grand nombre d'actions différentes. Cf., p. 109.

3. Cf., D., 50.17.38, *Pomponius lib. vicensimo nono ad Sab.*, 1 « Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum peruenisset. » De même, D., 4.2.16.2; 3.6.5. Il faut, pour adopter l'opinion de MM. de Francisci et Albertario, révoquer en doute le renseignement de Venuleius Saturninus, *lib. sexto interdictorum*, D., 42.8.11 : « Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem peruenit. » Cf. Albertario, *Respons. fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo dell'azioni penali contra l'erede*, *Rend. Ist. Lomb.*, 46 (1913), pp. 449 et s.

L'action mixte, dans le droit de Justinien, ne se transmettait donc pas contre l'héritier dans la mesure où elle était pénale : on ne pouvait poursuivre contre lui la *poena*; mais elle se transmettait, en tant que réipersécutoire, pour permettre à la victime de récupérer la *res* dont elle avait été privée. La *res* transmise du défunt à l'héritier ou la portion de cette *res* qui parvenait à ce dernier ou encore l'enrichissement qu'il retirait de la *res*, tel était l'objet de l'action mixte donnée contre l'héritier.

Ainsi le domaine de l'action pénale du droit classique a été restreint. Il embrassait toute action naissant d'un délit. Justinien en a retranché les actions mixtes, tout au moins dans la mesure où il a fait d'elles des actions réipersécutoires.

Théorie de M. Ernst Lévy

A M. Ernst Lévy devait revenir le mérite d'une solution modérée et plus nuancée.

Cet auteur constate¹ les nombreux points de contact de l'opinion qu'il défend avec celle exposée dans la nouvelle littérature italienne. Mais il trouve que celle-ci doit être taxée d'exagération, lorsqu'elle ramène le développement juridique à un seul état qui ne nous est pas attesté par les sources et passe par dessus les conceptions particulières à l'époque classique. « C'est avec raison, écrit-il, qu'elle nie « la nature indemnitaire des actions pénales², mais c'est à « tort qu'elle omet leur multiple fonction indemnitaire; « c'est avec raison qu'elle fait remarquer qu'une action pé- « nale a encore pour but la punition du défendeur, même « lorsqu'elle contient implicitement une *rei persecutio*, mais « à tort qu'elle méconnaît combien, pas à pas, cette *rei per- « secutio* contenue dans la *poena*, a attiré à elle et finalement « conquis l'attention sur ses conséquences pratiques; c'est « enfin avec raison toujours qu'elle remarque que *poenalis*

1. *Privatstrafe und Schadeuersatz im Kl. röm. Recht*, Berlin, 1915.

2. *Op. cit.*, p. 27.

« et *rei persecutionem continet* ne traduisent pas l'*antinomie* « moderne de « pénal » et « réipersécutoire, mais à tort « qu'elle considère la formule » *rei persecutionem continet* « comme une pure abstraction à laquelle ne convenait aucune conséquence juridique véritable. MM. de Francisci « et Albertario sont parvenus à négliger dans notre question, « qui est consacrée à caractériser les actions d'après leur « but, précisément celui-ci au profit de la considération de « la cause de l'action et à affirmer qu'une action qui tendait « *solamente al risarcimento del danno* ou qui *rem tantum* « *persequitur* « pouvait être pénale, par conséquent que le « concept de la *poena* dégagé par Gaius (IV. 6-9) » non *ha* « *influito, nell' epoca classica, sul concetto di azione penale*. « Une telle conclusion est contredite par les sources. »

La distinction de M. Ernst Lévy est d'une importance capitale. Il convient donc de l'exposer dans tous ses détails. Elle suppose, pour être parfaitement comprise, la connaissance préalable du problème que l'auteur veut résoudre et des opinions — qui viennent d'être résumées — auxquelles la solution proposée a pour but d'opposer une décisive contradiction.

Après avoir passé en revue les différents critères par lesquels on a coutume de reconnaître le caractère réipersécutoire ou pénal d'une action, l'éminent juriste consacre quelques pages à définir avec précision la question qu'il entend traiter.

Si nous prenions en main, dit-il, les critères pour les appliquer aux différentes actions, un rapide examen nous apprendrait combien est peu fondée l'opinion dominante qui voit partout où un dommage est engendré matière à réparation de celui-ci. Mais le résultat obtenu serait peu satisfaisant, puisque parfois dans une même action particulière, les critères de la nature réipersécutoire et de la nature pénale s'entrecroisent et semblent par conséquent se paralyser réciproquement. Pour les utiliser à bon escient, il ne faut pas perdre de vue le développement interne des actions.

La vieille *sponsio* avait pour fonction unique d'engendrer une situation juridique conforme au rapport de droit créé entre les parties. Lorsque se posait une question de fait

pouvant agir sur la permanence de ce rapport, elle était purement considérée du point de vue de ce rapport, et au cas où le fait ne répondait pas en même temps à un autre type d'instance organisée, il n'était nullement tenu pour *factum* délictueux. Au contraire, l'idée d'un rapport de droit manquait, dès le principe, au délit civil. L'acte délictueux était commis en dehors de toute relation juridique entre le délinquant et la victime. Il exigeait une expiation de par la loi : et lorsque cette expiation consistait en une amende à payer à la victime, cela ne changeait rien à son caractère. Il n'y avait alors pas plus de place pour une réparation du dommage, tenant lieu d'exécution, que d'acte juridique conduisant à cette exécution. Les actions de la loi Aquilia et celle du vol ne visaient qu'à une peine et non à une indemnité.

Parmi les actions prétoriennes, créées à l'époque postérieure, les actions fictives et celles qui, par la voie de la transposition des personnes, étaient rattachées au droit civil, prenaient naturellement le caractère de l'action dont elles dérivait. Mais la masse des actions *in factum* ne pouvait trouver aucun appui dans le droit civil. La réaction de l'autorité sociale n'était ici commandée que par la nécessité de punir : elle ne créa pas autre chose que le pendant des délits civils. Peu à peu cependant, on ne s'accorda plus avec cette réglementation. La conviction unanime perça qu'un *factum* pouvait parfois supposer certaines conventions antérieures, conventions qui, abstraction faite du *factum* relevant de la peine, faisaient naître des obligations souvent même bilatérales. Le *factum* isolé, autrefois considéré comme un délit, disparut alors parmi l'innombrable multitude des instances concevables, emportant avec lui le concept pénal. A sa place apparut l'idée de l'exécution, supposant nécessairement un rapport de droit, et son corollaire : la réparation du dommage résultant de la non-exécution. Tel est le développement, aujourd'hui connu, dans le cours duquel « l'idée de la force obligatoire du rapport de droit a dû passer d'abord par le point de vue du délit¹ ».

1. Ichring, *Schuldmoment*, 27 et s., 36.

Une profonde nécessité l'extériorisa dans le mouvement que l'on nomme exactement « réception » des actions *in factum* dans le droit civil. A cette réception ne prit part que la *rei persecutio* jamais la *poena*; celle-ci devait demeurer étrangère au droit des contrats. Ainsi la plupart des *facta* dont les conséquences juridiques avaient été consacrées par le préteur ne pouvaient voir s'ouvrir devant eux aucun moyen d'accès au *ius*. Les actions qui les sanctionnaient, n'étant pas reçues dans le *ius civile*, demeurèrent pénales. Pour la même raison les actions *in factum* créées après l'époque de cette réception ne purent servir ni à l'exécution d'une obligation, ni à une indemnisation. C'est seulement par la voie d'une clause limitative de la *condemnatio*, donc dans une forme secondaire, que la nature réipersécutoire leur fut partiellement reconnue, la restriction portant que l'obligation ne serait que de la restitution de l'enrichissement. Abstraction faite de cela, elles conservèrent, en parfaite concordance avec les vues qui viennent d'être exposées, leur caractère pénal. La question se pose de savoir comment il fut possible au préteur, à qui le pouvoir de créer un rapport de droit n'était pas reconnu, de consacrer l'obligation à la restitution de l'enrichissement. Il est ici avant tout significatif que les Romains aient caractérisé ces actions, en disant : *rei persecutionem continent*, expression que l'on rencontre à propos des actions pénales et fictives, mais jamais au sujet des actions civiles en accomplissement d'une prestation.

Toutes ces affirmations reçoivent une démonstration, selon les sources, dans le cours de l'œuvre. Une remarque préliminaire est particulièrement mise en lumière. Que peut penser Gaius, lorsqu'il tient pour possible que l'on poursuive la *res* et la *poena* par une seule action? La *res* et la *poena*, c'est-à-dire la réparation du dommage et la peine privée sont rigoureusement inconciliables. Mais cela n'empêche pas que toutes deux, du point de vue économique, aient la même fonction à remplir¹. Puisque la peine privée se me-

1. Cf. de même Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 336-337. Lévy, *op. cit.*, p. 4.

sure fréquemment au montant du bien endommagé ou à l'intérêt de la victime, elle servira ordinairement, si l'on suppose qu'il y a lieu à réparation d'un dommage, et que pour cela, aucune action en indemnité ne soit organisée, en même temps et implicitement à cette réparation. Mais — et c'est là l'essentiel — ce facteur d'ordre économique s'est-il introduit dans le droit romain? Les prudents ont-ils eu conscience de la fonction indemnitaire de la peine privée? Celle-ci a-t-elle eu, à leurs yeux, des conséquences pratiques? Par ailleurs doit-on reconnaître, soit dès l'origine, soit dans le cours du développement du droit classique l'existence d'actions délictuelles, civiles ou *in factum*, qui aient été entendues, dans tous les cas ou seulement lorsque se présentait un dommage à réparer, comme de pures actions en indemnité? Doit-on mettre sur le même plan ces actions civiles, naissant d'un contrat, notamment les actions reçues dans le *ius civile*? Quelle serait alors la notion de l'action pénale? Au contraire, l'étude ne doit-elle pas démontrer que de telles actions n'ont point été considérées comme des actions en indemnité ou ne l'ont été que sous certains rapports, sans que jamais leur nature originelle pénale tombât dans l'oubli? Bien entendu M. Lévy se propose de borner son examen aux actions que l'on a cru pouvoir prendre, bien qu'elles fussent délictuelles ou *in factum conceptae*, pour des actions en réparation.

Il est possible désormais de comprendre la thèse de M. Lévy. Il affirme¹ que toute action *ex delicto* tendait à une peine réelle, alors que Pernice tenait cela pour complètement insoutenable² et pensait que *poenalis* n'avait pas d'autre sens que *ex delicto*, la qualification d'action pénale devant être attribuée à toute action délictuelle même lorsqu'elle ne visait qu'une simple indemnité. *En d'autres termes, pour Pernice, les Romains reconnaissaient et traitaient comme pénale une pure action en indemnité; pour M. Lévy, les Romains traitaient (parfois) une pure action pénale (sous certains rapports) comme poursuivant en même temps (que la*

1. P. 136, n. 1.

2. Sachb., 117, n. 1.

peine) la réparation du dommage ou l'indemnité et disaient d'elle qu'elle contenait une *rei persecutio*. Selon ce dernier, les sources ne nous offrent pas deux concepts distincts de la *poena*¹, mais elles posent deux problèmes différents à la solution desquels la *poena* imprime la même tendance : le problème de la nature de l'action, où le mot sert à désigner le caractère pénal de celle-ci, et le problème du *contingere*, c'est-à-dire celui de la fonction pénale d'une action qui demeure en effet pénale (*die Strafffunktion einer Strafklage*).

Ces propositions abstraites demandent une explication. Selon la théorie dominante — celle de Pernice —, si les Romains considéraient une action réipersécutoire comme pénale, il faut entendre par là qu'en elle-même cette action était pure de tout mélange pénal : elle ne tendait à aucune *poena*, seule l'indemnisation de la victime était son but et elle ne méritait le nom de *poenalis* que parce qu'elle naissait, à titre exceptionnel d'ailleurs, d'un délit. Elle était donc en elle-même réipersécutoire, uniquement, bien qu'elle fut désignée et traitée comme pénale². Cela revenait en quelque sorte à faire jouer à la *res* le rôle de *poena*. Or, le sens de *poena* ne permet pas, aux yeux de M. Lévy, une pareille assimilation. Mais il était des cas où la peine pouvait jouer le rôle de la *res*. Cette théorie est donc exactement l'antithèse de celle de Pernice. Il en résulte que l'expression *actio rei persecutionem continet* ne touchait pas à la nature pénale de l'action, ne l'allérait même pas, car elle servait à désigner la fonction — et non plus la nature — réipersécutoire de celle dernière.

Que le mot *poena* n'ait que le sens de « peine » (Strafe) et non pas de « en guise de peine » (Als Strafe), cela est démontré³. Sans doute peu de choses rappellent dans les sources la fermeté originnaire de ce principe. Il explique pourtant

1. Lévy, *ibid.*, p. 139.

2. Cf. Pernice, *op. cit.*, pp. 122-123 : « In der that bezeichnen und behandeln die Römer reine Etsatzklagen als pönale. »

3. Sur la notion de *poena*, cf. Pernice, *Labo II*, 1.16 et s.; Mommsen, *Strafrecht*, p. 14, trad. Duquesne, p. 14. Outre l'autorité de Mommsen, M. Lévy s'appuie sur celle de Seckel-Heumann, v° *poena* et de Karlowa, *Röm. Rgesch.*, II, 790 et 971.

que, dans l'opposition faite entre la *multa* et la *poena*¹, les Romains n'aient pas pensé à faire mention de la fonction concomitante indemnitaire que la seconde accomplissait si souvent à la différence de la première. La *poena* était la généralisation du principe duquel relevait aussi la *multa* : celui de la répression. La *poena* avait certainement un champ d'application très large. Mais que l'on ait réuni sous un tel mot les deux éléments antithétiques de la réparation et de la peine capitale par exemple, cela est une impossibilité². Si, comme Ihering, l'a souligné en termes excellents³, la *poena* est née de l'idée de vengeance privée, l'idée de l'indemnisation, qui s'opposait à elle, devait avoir quelque chose d'étranger à cette *poena*, qui était bien connu des Romains, puisqu'ils signalaient le contraste formé par la *res* et la *poena*.

Cependant, dit M. Lévy, on comprend que la peine privée ait pu, là où il s'agissait de réparer un dommage et où aucune indemnisation particulière n'avait été prévue, jouer implicitement le rôle d'une indemnité. Nous ne devons pas nous étonner que les Romains l'aient peu à peu reconnu et qu'ils en aient tiré certaines conséquences juridiques. Certes cela ne remonte pas à l'époque des XII Tables.

Une action-que les sources nomment *poenalis* ne pouvait pas, par sa nature, porter ni sur la réparation du dommage ni sur une *rem tantum*⁴. Mais le concept particulier du *continere* qui devenait l'expression grandissante — comme on va le voir — de l'indemnisation, n'est nulle part à ce point exagéré qu'il ait porté ombrage à l'objet pénal d'une action ou qu'il l'ait supplanté. L'expression si fréquemment rencontrée dans les sources : *rei persecutionem continet*, rapportée à une action, laisse entendre qu'à côté d'elle il était encore une place pour un *poenam continet*. Toute

1, D. 50.16.131 et 224.

2. C'est ainsi qu'Ulpien n'a pas besoin, dans D., 50.16.131, pr. d'employer le traditionnel *noxam sarcire* : il dit très significativement *poena est noxae uindictae*. Et de la même façon, Gaius interprète le mot *impunitus* (Gai, 3.211) par ceux de *damnum iniuria datum hac parte uindicatur* (Gai, 3.217).

3. Geist, I, 6^e éd., 139 et s.

4. Lévy, *op. cit.*, p. 139.

action pénale devait au moins *poenam continere*. Il n'y avait pas d'actions pénales en simple indemnité, mais il existait des actions pénales avec une fonction indemnitaire.

La phrase *actio persecutionem continet* a un tout autre sens que *rem tantum persequimur* ou *ex contractu rei que persecutionem descendit*¹. Elle n'a rien à voir avec la nature de l'action. Une *rei persecutio* ne pouvait pas n'être contenue que dans une action purement réipersécutoire : elle pouvait se rencontrer aussi dans une action pénale, en tant que, par celle-ci, on poursuivait le même but que par l'action réipersécutoire. Lors donc qu'il s'agissait d'une telle action, le principe invariable était le suivant : elle était pénale, elle contenait une *rei persecutio* et par elle on obtenait à la fois, la *res* et la *poena*. Qu'une action fût *poenalis*, qu'elle contînt une *rei persecutio* ou que par elle *res* et *poena persecutae sint*, cela revenait au même, car Paul, Gaius et Ulpien employaient indifféremment tantôt l'une, tantôt l'autre de ces expressions².

Les expressions *est rei persecutio*, *actio pertinet ad rei persecutionem* et *actio habet rei persecutionem*, sont toutes équivalentes à *rei persecutionem continet*³. Toutes ne révélaient aucunement la nature réipersécutoire d'une action : elles

1. Lévy, *ibid.*, p. 22.

2. Gaius et Ulpien, dit M. Lévy (p. 23) diffèrent aussi peu d'avis au sujet de l'*a. iudicati* (Gai, 4,9; Ulp. lib. 59 *ad ed.*, D., 42,1 *de re iud.* et de *eff. sent.* et de *interloc.*, 6,3), qu'Ulpien et Paul relativement à l'*a. rat. dist.* (Ulp., D., 27,3,1,23; Paul, I., *eod.*, 2,2). Les deux premiers fragments laissent percer l'identité du sens de *rem et poenam persequimur per actionem*, et de *actio rei persecutionem continet*. S'il en était autrement d'ailleurs, il faudrait penser qu'Ulpien s'est contredit dans la même phrase au D., 42,5 *de reb. auct. iud. pos. seu. vend.*, 9,8 et *eod.*, 11 (Ulp. lib., 62 *ad ed.*).

3. Cela est démontré, pour la première, par D., 13,5 *de pec. const.*, 18,2. « E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem : et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio. » Pour la seconde par D., 4,7 *de alienat. iud. mut. causa facia*, § 4, 6 et § 7 : « Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet... » . Quia pertinet quidem ad rei persecutionem, uidetur autem ex delicto dari. Pour la troisième, par D., 44,7 *de obl. et act.*, 35. pr. : «... ut quae rei persecutionem habeant.... illae autem rei persecutionem continent.. quae rei persecutionem habeant... »

désignaient seulement la fonction particulière répersécutoire d'une action.

Lorsque l'action, au contraire, ne remplissait aucune fonction répersécutoire, elle ne « contenait », d'après les sources, que la *poena*¹ ou *meram poenam*² ou encore *quantitatem*³.

De même les sources utilisent parfois, pour désigner le concept opposé (caractère purement répersécutoire), les mots *ueritatem*⁴ ou *utilitatem*⁵. Dans le même sens, on rencontre quelquefois *quantum ea res est* opposé à *quantum interest*. Il faut tenir compte de cela, en interprétant la formule *quantum ea res erit*. Notre auteur pense sans doute ici à la formule de l'action *quod metus causa*, entre autres, qui, bien que contenant un *quantum ea res erit*⁶ n'en est pas moins au quadruple du préjudice causé. C'est dans ce sens large, comprenant « l'intéresse » ou *id quod interest* et la valeur d'échange de la chose, que M. Lévy entend certainement⁷ le *quantum ea est (erit)*, auquel il fait allusion. L'intéresse ou le *quantum ea res est*, est, dit-il, un critère unilatéral pour reconnaître les actions répersécutoires, en ce sens que toute action en indemnité, c'est-à-dire toute action répersécutoire personnelle⁸ ne peut avoir pour mesure que l'intérêt du demandeur; mais au contraire, on ne peut conclure, du fait que « l'intéresse » soit la proportion à observer dans la détermination du montant de la condamnation, à la nature répersécutoire de l'action, car un grand nombre d'actions données comme *in factum conceptae* par l'édit de Julien, et dont la nature pénale est démontrée par ailleurs par des raisons décisives, sont certainement entrées dans la vie juridique avec une formule portant sur le *quantum ea res est erit*. Dans ces derniers cas, on ne doit pas prendre

1. D., 29,2,20,5, 29,4,12,1. D., 27,6,7,2. D., 39,2,4,7.

2. D., 2,3,1,4. V. aussi de Francisci, *op. cit.*, p. 11; Albertario, 99, sur le *dumtaxat*, cf. D., 17,2,50. En sens différent, Beseler, *Beiträge*, 3,136.

3. Cf. Levy, p. 24.

4. D., 2,7,5,1. D., 27,6,7,2.

5. D., 43,1,1,5.

6. Cf., Lenel, *Edictum*, p. 112.

7. Levy, p. 4-5.

8. *Ibid.*, p. 2.

l'intérêt du demandeur pour la condition nécessaire de la condamnation, mais pour un mode d'évaluation tout à fait différent, représentant seulement la valeur de la chose prise en considération dans d'autres cas identiques. Dans les autres, nous pourrions dire que *res* avait la signification de « procès », « affaire ». Il faudrait donc distinguer les deux sens du mot. L'unilatéralité du critère s'exprime dans la proposition suivante : si l'action portait sur un multiple ou si même elle était au simple, mais que ce simple eût une mesure objective quelconque, par exemple s'il se calculait d'après la valeur de la chose à une époque déterminée (il est clair que l'auteur pense ici à la loi Aquilia), l'action était pénale. Et M. Ernst Lévy conclut sur un aperçu digne d'être retenu : « Mais la pénétration d'un facteur subjectif, calculé du point de vue du demandeur, demeure remarquable, et peut-être peut-on se permettre de conjecturer, sous toutes réserves, que l'évaluation de l'intérêt nous offre le type le plus jeune des actions pénales. »

L'auteur trouve dans Gaius (IV.8.) :

« *poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum.* »

une illustration de son interprétation du mot *continere*. Ce texte démontre que, selon l'opinion de quelques-uns, on ne poursuivait pas, par l'*a. ui bon. rapt.*, que la *poena* seule. A côté de *poenam continere*, il y avait donc place pour *rem continere*, bien que l'action fût comprise parmi les quatre principales actions civiles pénales citées par Gaius (3.182 et 209). Or, cela ne peut se concevoir que si Gaius distinguait dans une action sa nature pénale et sa fonction de même nature.

Arrivé à ce point de son étude, M. Lévy passe à la vérification des principes dégagés, en étudiant les actions mixtes. Son affirmation, selon laquelle toutes les actions délictuelles sont pénales, ne serait pas moins inconciliable avec l'existence reconnue des actions mixtes qu'avec celle d'une action en indemnité donnée au simple.

La transition lui est fournie par le texte de Gaius (4.9.).

On ne saurait y trouver, pense-t-il, un argument suffisant à l'appui de l'opinion qui voit dans les mots *rem et poenam persequimur*, l'indication que le jurisconsulte connaissait déjà les actions mixtes dans le sens des *Institutiones* de Justinien. Cette conception peut aussi difficilement être soutenue pour l'*a. leg. Ag.* que partout ailleurs. Ihering a déjà nommé l'*a. leg. Ag.* « *eine technische Missgeburt* ». D'autres auteurs ont, soit en général, soit au sujet de certaines actions prises isolément, exposé que ce concept n'avait pas été poussé plus avant par les classiques et il n'existe plus aujourd'hui que peu d'écrivains¹ qui soient encore convaincus de l'origine classique de l'*actio mixta*. Mais l'inexactitude d'une autre opinion doit être démontrée d'un point de vue général. Et M. Lévy passe à cette démonstration.

Sur l'expression même *actio mixta*, on ne peut discuter longuement. Gaius ne la connaît certainement pas et, dans les deux fragments du Digeste où Ulpien l'emploie, elle a un tout autre sens². Mais précisément parce que l'expression désigne chaque fois des choses différentes et qu'elle n'est ni nécessaire à une systématisation ni employée avec à propos, on ne peut point se refuser à admettre qu'Ulpien ou un classique postérieur ait pu l'utiliser déjà là où une action pénale s'était formée, en considération, sous certains rapports, de sa fonction pénale, sous, d'autres, eu égard à celle de sa fonction indemnitaire. Ainsi par conséquent les développements des *Institutiones* de Justinien ont eu en partie très certainement un texte classique pour base. Mais il ne faut pas aller plus loin.

L'expression *actio mixta* est en elle-même dépourvue d'importance d'ailleurs. Ce qui serait décisif serait, pour tout dire en un mot, que, dans les hypothèses où l'adjectif *mixta* est employé, les classiques l'aient entendu dans un sens quantitatif ou qualitatif : qualitatif, dit M. Lévy,

1. C¹, Siber, *Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, 171, 190 et s.

2. D., 44,7 de *cbl. et act.*, 37,1 et 43,1.1.1. Dans les actions divisoires d'ailleurs, les Byzantins donnent encore un autre sens à l'expression *actio mixta* (*Inst.* 4,6,20. actions *tam in rem quam in personam*), alors qu'ils reviennent à l'idée de la *duplex actio* aux *Inst.* 4,15,7.

nous pouvons l'admettre, si nous tenons son invention pour un enrichissement de la systématique romaine; mais quantitatif, il ne peut être attribué au droit classique, car il serait venu de la connaissance des deux éléments de l'action, serait lié à ceux-ci et devrait être combiné avec les renseignements que nous fournit Justinien.

On ne peut concevoir, selon l'auteur, la possibilité d'une action mixte que de la façon suivante¹ : à l'époque post-classique, la procédure de la *cognitio* a supplanté la procédure formulaire et, de même que le facteur agissant de l'extinction des actions, c'est-à-dire la *litis contestatio*, venait ainsi à disparaître, l'objet de cette extinction, l'action, était lui aussi supprimé dans son caractère de procédure individuelle. Il ne restait plus de l'action à laquelle on avait retiré la formule et jusqu'à l'expression qui servait à désigner sa propriété essentielle, qu'un cadre, un schéma, utilisable désormais pour une raison de commodité, lorsqu'il s'agissait de désigner un groupe de prétentions, mais n'ayant plus rien en lui-même d'un organisme vivant. Avec l'extinction d'une action² par la *litis contestatio*, ne pouvait se poser, au sujet du problème de la concurrence, que la question de savoir si le droit avait été déduit en justice. La *litis contestatio* ne pouvait pas être susceptible en elle-même d'une division quelconque. En principe, elle embrassait toute l'obligation et toute l'action. Au contraire, l'extinction d'une obligation par la *solutio* est avant tout une affaire de quantité : il convenait de rechercher si la somme payée était égale au montant de l'obligation. La *solutio* est en effet, essentiellement divisible et, entre un paiement partiel et un paiement total, il n'est pas d'autre différence que quantitative et non qualitative. La libération par le paiement ne résulte que du versement du tout. L'expression *actio minuitur* est incorrecte³. A la question du si succédait donc ici celle du *combien* (*an die Stelle des Ob*

1. Cf. Levy, *Konkurrenz*, 1, § 16, p. 162.

2. *Konkurrenz*, 1, p. 331 et s.

3. Cf. interpolation de D., 11.3.11.2; Lévy, *Konkurrenz*, p. 334, n. 6; Eisele, *Archiv.*, 79.394.

das Wieviel). Avec l'exclusion de la *litis contestatio* dans la nouvelle procédure de la *cognitio*, laquelle allait de pair avec la substitution d'une demande matérielle à l'action, la question du *combien* devenait déterminante pour apprécier celle de l'extinction du droit. Une action postérieure portant sur le solde devait nécessairement apparaître, qui, en tant que le *quantum* entraînait la division de l'action en plusieurs actions partielles, formait le pendant, en sens contraire, de l'action mixte ainsi qualifiée par le *quale* de la demande. Cette qualification était rendue possible par le fait que l'action, vidée de son contenu formulaire et dépouillée de son nom individuel, n'était plus qu'une sorte de cadre servant à grouper, selon leur nature, les différentes actions particulières¹. C'est en ce sens que l'on a pu parler de l'action mixte. Et il ne convient pas d'attribuer tous ces changements aux compilateurs. De telles modifications devaient plus ou moins s'introduire d'elles-mêmes, comme résultant de la suppression de la procédure formulaire et du concept qui lui était inséparablement attaché, quant aux actions.

Mais, quant à attribuer à l'expression *actio mixta* un sens quantitatif, c'est-à-dire, quant à penser que l'action mixte était celle qui était réipersécutoire jusqu'à concurrence du simple et pénale pour le surplus, il y aurait là une lourde erreur. Au contraire l'*a. mixte* est toujours traitée comme pénale, comme une individualité absolue, sans que l'on distingue les traits sous lesquels elle pourrait faire figure d'action en indemnité. *Abstraction faite de quelques textes sûrement interpolés*², comme cela ressort des divers cas de concurrence de ces actions, on ne trouve plus aucun texte dans lequel les Romains auraient tiré les conséquences pratiques de la nature quantitative mixte d'une action, en discernant en elle la partie de la condamnation nécessaire et convenable pour dédommager le demandeur et l'excédent de cette somme. Au contraire, lorsqu'une telle action est donnée noxalement, elle l'est pour le tout, donc aussi dans

1. Levy, *Konkurrenz*, 1, p. 335.

2. Cf., ci-dessous, p. 299, n. 1.

la proportion du dommage pécuniaire qui atteint le demandeur. Et il ne vient pas à l'esprit des juriconsultes de se demander si la valeur de l'esclave abandonné noxalement atteint « l'intéresse » de la victime du délit ou si une *actio* de *peculio* y parviendrait. De même, lorsqu'une semblable action peut être exercée contre plusieurs auteurs cumulativement, c'est pour le tout contre chacun d'eux. Or, un classique aurait difficilement compris, si on le lui avait demandé, que le montant de l'indemnité réparatrice qui, par sa nature, ne pouvait être acquittée qu'une seule fois, ne fût pas déduit de celui de la condamnation prononcée contre les coauteurs. D'autre part, un *capite minutus*, qui n'est pas tenu quitte *ciuilit* de ses obligations pénales, n'est pas libéré de ses obligations qui ne seraient que partiellement pénales, encore qu'une partie de la condamnation puisse servir à indemniser le demandeur.

Le même raisonnement s'applique au régime de l'annuité et de la transmissibilité héréditaire passive de l'action. Ces deux points de vue témoignent d'une façon particulière contre la possibilité d'un tribonianisme dans la création des actions mixtes. Car tous deux en effet conduisent à des situations telles que le demandeur, après un délai d'un an, ou l'héritier du délinquant sont en général tenus d'une obligation limitée : le quantum de l'obligation devenait une somme versée à titre de pure indemnité, par suite de la disparition du supplément pénal. C'est alors plus que jamais qu'il eût dû être question d'action mixte. Or, bien loin de là : les sources n'en portent aucune trace, Justinien lui-même n'y a pas songé.

L'action pénale est originairement intransmissible surtout passivement. Mais lorsque l'on se décida, à l'époque postérieure, à accorder une action contre l'héritier du délinquant, il était inconcevable, aux yeux des classiques, de décomposer l'action de telle façon qu'elle ne s'élevât seulement qu'au montant de la réparation. On procéda autrement et de deux façons : en donnant, comme dans le dépôt nécessaire, une action *in duplum* contre l'héritier coupable

de dol, et *in simplum* contre l'héritier non coupable de dol¹, sans doute le prêteur étant parti de cette idée que le déposant ne pouvait pas être plus mal traité, dans le cas du dépôt nécessaire, que dans celui du dépôt ordinaire admis au rang des contrats civils (mais le simple aussi bien que le double a le caractère pénal) ou en donnant l'action à concurrence de l'enrichissement de l'héritier, sans que l'on tienne compte de ce que l'action contre le défunt aurait eu pour objet soit le simple « interesse », soit un multiple de celui-ci, soit enfin la valeur de la chose.

Lorsque l'on a su se débarrasser de la croyance que le droit classique connaissait des actions en indemnité avec un supplément pénal, on considère avec d'autres yeux l'exposé fondamental de Gaius IV. 9. Gaius ne souffle mot d'une *actio mixta*, pas plus que d'un supplément pénal. Mieux même : il ne dit rien de la question de savoir si une action est par nature pénale ou réipersécutoire. Ce qu'il considère, ce n'est pas le problème de premier rang ci-dessus exposé, qui était résolu déjà en principe, lorsque l'on savait si l'action naissait d'un contrat ou d'un délit, mais le second problème : celui de la fonction réipersécutoire d'une action pénale. D'une façon très significative, il se garde bien d'attribuer à une action une qualité précise. Il dit seulement que l'on poursuivait par l'une de ces actions *rem tantum*, par l'autre *poenam tantum*, et par la dernière les deux à la fois. Ces termes considérés du point de vue du demandeur, confirment, aux yeux de M. Lévy, l'exactitude de son opinion, à savoir que, lorsqu'une action pénale remplissait implicitement la fonction d'une action réipersécutoire, elle poursuivait la *res* et la *poena*; quand la même action n'avait point cette fonction, comme c'était le cas des *actiones furti* et *iniuriarum* et *secundum quorundam opinionem ui bonorum raptorum*, elle ne poursuivait que *rem tantum*. Et, si l'on veut savoir dans quels cas, à l'époque de Gaius, l'action pénale avait une fonction indemnitaire, il suffit de remarquer la fin du paragraphe 8 : elle

1. D., 16.3.1, § 1 et 16.3.18.

inspire la certitude que l'on inclinait à l'admettre quand, un dommage réparable étant créé, il n'existait aucune action particulière en indemnité à côté de l'action pénale. Mais Gaius ne dit rien des actions pénales où cette fonction était prédominante, ni jusqu'à quel point on lui laissa acquérir une influence pratique sur la nature de ces actions. Aussi bien ne pouvait-il rien en dire, car l'examen de types distincts eût dépassé de beaucoup le cadre de son étude. Sans doute les exemples qu'il cite, d'actions par lesquelles *rem et poenam persequimur* sont-ils surprenants. Mais ils ne paraissent pas « peu heureux et dépourvus de logique » comme on les a qualifiés la plupart du temps¹. Ils sont en tous les cas exacts déjà en ce qui concerne la *poena* qui comprenait aussi la peine de pure procédure. M. Lévy a d'ailleurs tenté de démontrer² que le groupe important des actions éventuellement pénales — par exemple l'*a. quod metus causa*, l'*a. Fabiana* et toutes les actions pénales dans lesquelles figurait une clause de restitution — punissaient beaucoup moins l'acte dont elles naissaient que la résistance à l'ordre de restitution. Au fond, dit-il, il s'agissait dans tous les cas d'une peine de procédure.

L'action de la loi Aquilia est toujours citée dans le groupe des actions croissant au double *aduersus infitiantem*. Mais il est en outre certain que : «

« actione legis Aquiliae rem et poenam persequi-
« mur non solum si aduersus infitiantem in duplum
« agatur, sed et si in simplum quisque agit³. »

De même Gaius n'oblige pas à distinguer dans le *duplum* donné contre l'*infilians* une *res-simplum* et une *poena-simplum*. Une telle interprétation ne peut être admise d'abord parce que l'évaluation de l'*a. leg. Aq.* ne pouvait pas avoir pour base l'*interesse* actuel, ensuite parce qu'il eût été trop contradictoire de désigner et de traiter comme purement pénale une action par laquelle on n'eut toujours pas poursuivi la *poena*. Le *simplum* ne pouvait être assi-

1. Cf. Pernice, *Sachb.*, p. 119; Bethmann-Holweg, *Zivilpr.* 2.294, n. 1.

2. Lévy, p. 73 et s.

3. Inst. 4.6.19.

milé à la *res*, car dans une action réipersécutoire la condamnation était égale au montant de l'*interesse*. Mais qu'il fut à la fois *res et poena*, c'est ce que M. Levy pense démontrer facilement. L'action en effet n'était pas seulement donnée contre plusieurs délinquants cumulativement, mais elle était encore noxale et intransmissible passivement. Sous ce dernier rapport, Ulpien dit expressément au D.9.2.23.8 : « sed in heredem uel ceteros haec actio non « dabitur, cum sit poenalis. » Enfin le mode d'estimation s'explique aussi par le caractère pénal, car il était destiné à faire pression sur le délinquant, pour l'empêcher de provoquer une décision judiciaire sur la valeur de la chose détruite par lui et, d'après le texte et l'interprétation primitive de la loi Aquilia, ce n'était pas l'intérêt du demandeur, mais la valeur de la chose qui devait être prise en considération¹.

Depuis que l'interprétation de la loi en vint à reconnaître l'*interesse* dans le *id* ou dans les mots *ea res*, il fut possible de faire valoir la fonction indemnitaire de la peine. Le caractère graduel de cette évolution est peut-être marqué par Ulpien, au D.9.2.21.2 :

« Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti
« fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit
« nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut
« eius quod interest fiat aestimatio. »

Cette fonction devait s'imposer par elle-même. Il ne faut donc pas s'étonner que sa reconnaissance se soit manifestée assez tôt après l'apparition de la notion de l'*interesse* dans l'*a. leg. Aq.* Ce qui est vraiment surprenant, c'est que cette évolution ne se soit pas révélée dans tous les domaines indiqués plus haut. L'Ersatz-élément passa dans la pratique et cependant on ne lui rapporta ni la transmissibilité héréditaire active ni la durée indéfinie de l'action². On ne le prit en considération que dans le domaine de la con-

1. Inst. 4.3.10. En sens contraire, Pernice, p. 121. Cf. en outre le même; p. 240-241.

2. Cf. sur la première, D., 9.2.23.8 et sur la seconde l'exclamation de M. Levy, p. 149, n. 5.

currence des actions¹. Encore l'extinction de l'*a. leg. Aq.*, en concurrence avec une action contractuelle, telle par exemple que l'*a. locati*, n'eût-elle lieu qu'*officio iudicis*. Et c'est là même que l'on doit saisir sur le vif la transition du droit pénal privé au droit réipersécutoire².

Les Romains durent ressentir l'impérieux besoin, en présence d'une action pénale par laquelle *rem et poenam persequitur*, de ne pas laisser libre cours au *ius civile* qui admettait le cumul d'une telle action avec les actions réipersécutoires, car, par définition, un dommage ne peut être réparé qu'une fois. Le droit civil, ainsi que la nature pénale de la *leg. Aq.* demeurèrent inchangés, mais on tint compte dans la pratique journalière de la fonction réipersécutoire de celle-ci. Ainsi, dans la concurrence des actions réipersécutoires et pénales, la fonction indemnitaire d'une *poena* trouva son expression caractéristique dans une extinction prétorienne, plus exactement même dans une décision du juge (*judiziale praetorische konsumption*). Celle-ci ne supposa pas d'ailleurs l'identité de fondement et l'objet de deux actions : elle ne repose que sur le rapprochement fait des buts de ces actions³.

1. Cf. Levy, *Konkurrenz*, 2, p. 36 et s., §§ 83 et s.

2. Levy, *Konkurrenz*, 2, p. 41.

3. Que l'*Ersatzelement* ait bien été pris en considération dans la matière de la concurrence des actions, c'est ce qui résulte encore de D., 17.2.50 : « Utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat (il s'agit de l'*a. leg. Aq.* et de l'*a. pro socio*) : et D., 44.7.34.2 « utraque enim actiones rei persecutionem continent. » (Il s'agit de l'*a. leg. Aq.* et de l'*a. commodati*). Le premier de ces textes conduit tout droit par le *dumtaxat* à la forme *rem et poenam persequimur* dans son sens classique de fonction indemnitaire d'une action pénale. Cf. de même le début de Inst. 4.6.19 : « Sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est... » Il ne contient rien que l'on puisse objecter à l'origine classique de la règle qu'il concerne. Mais le mot *interdum* et la phrase qui suit ne peuvent faire allusion au droit classique. Ces additions, qui proviennent visiblement de Gai, 3.214, montrent ce qui distingue la leçon de Justinien de celle des classiques. L'*Ersatzelement*, impliquant la distinction de l'indemnité et du supplément pénal, distinction étrangère à Gaius 4.9, bien qu'il dise au 3 § 213 : « Hac lege damnum persequi », est devenu au contraire familier aux derniers des classiques. C'est ce qui explique qu'Ulpien puisse, sans craindre un malentendu, opposer l'*a. leg. Aq.*, aux actions dans lesquelles la considération d'un dommage ne peut intervenir :

D. 39.2.7.1 : « Hoc edictum (*de damno infecto*) prospicit damno non dum factio, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sanciendo pertineant, ut in legis Aquiliae actione et alia. »

D. 47.10.7.1 : « ... nam ibi (dans l'*a. leg. Aq.*) principaliter de damno

La doctrine dominante en pareille matière a donc tort de voir ici des cas d'extinction civile. L'action pénale *leg. Aq.* n'est pas une action en indemnité : la *causa* d'une action contractuelle ne peut pas se trouver dans un délit. C'est seulement du jour où la fonction réipersécutoire de la *poena leg. Aq.* est apparue que le juge *ex fide bona* a dû en tenir compte¹.

En résumé, l'antithèse de l'action réipersécutoire et de l'action pénale, diamétralement conçue à l'origine, est restée nettement dessinée jusqu'à l'issue du droit classique, de la même façon que l'antithèse existant entre l'action *in rem* et l'action *in personam*, à propos de laquelle les *Inst.* la reproduisent, de la même façon aussi que l'antithèse entre *actiones iuris ciuilis* et *actiones honorariae*, avec laquelle elle a des points de contact. Les compilateurs ont cherché à effacer le contraste de l'action *in rem* avec l'action *in personam*, comme ils ont cherché à effacer celui de l'action pénale et de l'action réipersécutoire, par la création d'une *action mixte*. Le développement juridique, qui trouve son expression dans le droit honoraire et dans la jurisprudence, et qui n'a cessé de jeter des ponts entre le droit civil et le droit honoraire, a rapproché par l'entremise du *rei persecucionem continet* les actions pénales, qui jouaient d'une façon insoupçonnée, pour ainsi dire, en même temps le rôle d'actions réipersécutoires, des actions en pure indemnité. Ce mouvement est encore en pleine évolution à l'époque classique. Il s'est accompli d'une façon bien romaine, sans ja-

agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede uel ueneno ut uindictetur, non ut damnum sarciat. »

Mais il faudrait se garder de croire, sur la foi de ce dernier fr., que l'*a. leg. Aq.*, était entendue dans le sens ordinaire d'une action réipersécutoire en indemnité. Si l'on était tenté de le croire, il suffirait de jeter un regard sur :

D., 37,6 *de collat. bon.* 2,4 : « Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet : magis enim uindictae quam pecuniae habet persecucionem : sed si furti habeat actionem, conferre debebit. » pour se convaincre de la façon toute semblable, selon laquelle Paul oppose l'*a.* d'injure à l'*a.* de vol qui n'a cependant rien d'une action réipersécutoire.

1. Cf. D., 19,2,25,5, concurrence de l'*a. locati* et de l'*a. leg. Aq.* : sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat. » Le cas est exactement le même que celui de la concurrence de la *petitio hereditatis* ou de la *rei uindicatio* avec l'*a. leg. Aq.* En thèse générale, l'idée à retenir est ici exposée dans Lévy, *Konk.* 2, p. 14-15.

mais sortir des limites que lui imposaient les principes, mais déterminé et guidé pas à pas, irrésistiblement, par les nécessités pratiques.

Critique de ces doctrines.

Etude historique de l'action mixte poursuivant la « res » et la « poena ».

Les réserves faites par P. F. Girard¹, au sujet de cette théorie qui, par ailleurs, a reçu l'approbation d'autorités telles que Mitteis², Kubler³, Wlassak⁴ et Siber⁵, nous paraissent inopérantes. M. Lévy moins que tout autre, n'a songé à contester que l'action mixte fût encore une action pénale. Même sous Justinien, il en était ainsi. Mais il est très vrai que les conséquences pratiques de la distinction des actions mixtes sont très malaisées à déduire. M. Lévy fait lui-même remarquer qu'à part la matière du concours des actions, les solutions dégagées par les jurisconsultes marquent le caractère très net de l'évolution qui s'accomplit. Elles témoignent de la mobilité du droit et de la lente éclosion du concept de la réparation civile succédant à l'idée de la répression délictuelle.

Il semble également que la puissante analyse de M. Lévy réponde par elle-même à l'argumentation de M. Cuq⁶. Il ne résulte pas de ce que l'*a. leg. Ag.* par exemple était donnée *noxaliter*⁷, de ce qu'elle était intransmissible passivement⁸ de ce qu'elle pouvait être exercée contre chacun des codélinquants⁹, que sa fonction réipersécutoire implicitement contenue dans la *poena* n'ait point été discernée par les jurisconsultes à l'époque classique. Aussi bien, M. Cuq est-il contraint de reconnaître que Gaius parle aussi d'actions

1. Cf. *Man.*, pp. 426-427.

2. *SZ.* 37, 336 et s.

3. *Berl. Phil. Woch.* 1917, 658.

4. *Anklage und Streitbefestigung*, 126, n. 5.

5. *Röm. Privats. f. die Vorles.* p. 225.

6. *Man.*, p. 556, n. 3 et S. 325.

7. *G. i.* 4, 76.

8. *D.*, 9, 2, 23. §.

9. *Jul. apud. Ulp. eod.*, II, 2.

mixtes, mais dans un sens tout différent, l'action mixte étant, pour lui, « celle qui croît au double en cas d'*infiliatio*, quelle que soit d'ailleurs son origine délictuelle ou quasi-contractuelle. »

Cette observation nous conduit à élargir la question. L'étude de M. Lévy, comme celles de la plupart des auteurs qui ont examiné le problème des actions mixtes dans le sens qui nous intéresse, se borne à celle de la loi Aquilia. L'énumération de Gaius cependant comprend, outre l'*a. leg. Aq.*, les *actiones iudicati, depensi, legatorum nomine quae c. p. d. r. sunt*. Qu'en elle-même cette classification soit peu heureuse, comme le pensait Pernice, ou simplement surprenante, comme le veut M. Lévy, peu importe : elle s'impose à nous d'autant plus sûrement qu'elle est reproduite au paragraphe 171 du même commentaire et dans les Sentences de Paul. Ces trois textes à eux seuls suffisent à démontrer que les quatre actions énumérées par Gaius au moins formaient dans le droit classique un groupe nettement individualisé, dont l'existence est un fait. Rien dans ce groupement ne surprenait les Romains, car il est vrai de dire que les sources supposent connue la facile notion de l'*infiliatio* dans les cas où elle joue un rôle, puisqu'elles ne sont pas rédigées, même au Bas-Empire, dans le but d'éclairer la pratique décadente en lui offrant une simple définition de ce concept. Que cette classification soit fort ancienne, c'est ce que démontre la présence, dans l'énumération, de l'*a. depensi*. Il est donc de mauvaise méthode de détacher du texte de Gaius la seule *a. leg. Aq.* et de conclure de l'étude de celle-ci que la notion de l'*a. mixte*, réipercutoire jusqu'à concurrence du simple (*res*) et pénale pour le surplus, était étrangère à l'époque classique. Il convient plutôt de considérer la classification dans son ensemble, d'en rechercher les motifs et puisqu'il est impossible de concevoir un pareil groupement sans y distinguer un élément d'affinité entre ses parties composantes, de tenter de pénétrer les raisons pour lesquelles l'*a. leg. Aq.* a pu être rapprochée de l'*a. iudicati* et des deux autres.

Or, l'élément de comparaison entre toutes ces actions est clairement indiqué par Gaius. Il est évident que, venant après le paragraphe 7 (*rem tantum persequimur...*) et le paragraphe 8 (*poenam tantum persequimur...*) où le jurisconsulte précise le but des actions répersécutoires et celui des actions pénales, la raison d'affinité qui a présidé au groupement de la troisième catégorie d'actions, est indiquée par les mots *rem uero et poenam persequimur...* Nous tenons pour certain que l'*a. leg. Aq.* n'a pu être mise sur le même plan que l'*a. iudicati* et les deux autres que pour la raison indiquée : elle permettait d'obtenir éventuellement la *res* et la *poena*. Dire que la *res* était une *poena* jouant le rôle de la *res*, ce n'est pas seulement faire dire au texte bien autre chose que ce qu'il dit, c'est encore dire le contraire, car Gaius ne parle (pour employer le style de M. Lévy) que de *res + poena* et non pas de *poena + poena*. Aussi bien les autres actions citées par Gaius renversent l'hypothèse de la fonction indemnitaire de la peine. Où trouverait-on une peine dans l'*a. depensi* ou dans l'*a. iudicati in simplum* par exemple ? Dans le cas du legs *per damnationem*, l'obligation de l'héritier qui accepte de délivrer la chose léguée et contre qui une action au simple est donnée est certainement pure aussi de tout mélange pénal. La notion de la *res-simplum* nous apparaît bien là, indiscutable, certaine. Jamais personne, Rudorff excepté, mais pour l'*a. iudicati* seule, n'a songé à soutenir que nos trois actions étaient pénales dès le principe¹. Or, cela suffit à replacer à l'époque de Gaius, sinon le terme technique d'action mixte — qui peut fort bien n'être qu'une invention sans importance des compilateurs — du moins la notion de fond de l'action mixte. Les *actiones iudicati, depensi, legati nomine q.p. d.c.r.* est portent, lorsqu'elles sont au simple, sur la *res*. Elles ne procurent la *poena* que dans l'hypothèse de l'*infiliatio* et cette *poena* est bien alors, non pas un supplément pénal de l'action elle-même, mais la sanction d'une résistance injustifiée, d'un acte contraire au droit. Il n'est aucune place possible en elles pour l'idée d'une fonc-

1. Cf. Rudorff, *op. cit.*, p. 302.

tion indemnitaire de la *poena*, puisque le demandeur est déjà indemnisé par la *res*.

Il n'est qu'une façon de triompher en partie de ces objections et c'est au fond celle de M. Lévy, comme celle de M. Siber¹. Il faut en effet révoquer en doute l'exactitude du renseignement de Gaius, en disant que la notion de la *res*, à rapporter à l'*a. leg. Ag.*, selon l'énumération du jurisconsulte, n'est pas la même que dans les autres actions. Gaius n'aurait en effet pensé, pour l'*a. leg. Ag.* qu'à la fonction indemnitaire de la *poena* : il aurait au contraire, pour les autres, exprimé leur caractère répersécutoire, dans l'hypothèse du *simplum*. Ainsi Gaius aurait placé, comme résultant de son analyse inexacte, la dissemblance dans l'unité. Peu importe que nombreux soient les textes à confirmer que l'*a. leg. Ag.* était bien de celles qui croissaient au double *aduersus infitiantem*, comme les autres. Seul Gaius dit qu'elle faisait obtenir la *res* et la *poena*. Était-ce vrai ?

Avant de le rechercher, il convient de remarquer que la suspicion portée contre la mention de l'*a. leg. Ag.* n'atteint pas les autres actions. L'existence dans le droit classique d'actions par lesquelles on poursuivait à la fois la *res* et la *poena* nous semble par conséquent incontestable : *elle est attestée pour les a. iudicali, depensi et legati nomine*. Peut-être faut-il dire que Gaius, ici comme ailleurs, est en avance sur son époque², et que sa doctrine annonce et prépare celle de Justinien. Mais la thèse de M. Lévy n'est pas satisfaisante dans sa généralité, en tant qu'elle prétend démontrer que la « notion quantitative » de l'action mixte n'existait pas en droit classique. Car le simple de l'action du legs *per damnationem* ou de l'*a. iudicali* était certainement, en droit classique la *res* sans aucun mélange pénal. Et il est im-

1. Siber, *op. cit.*, p. 225 : « Gaius range parmi les actions mixtes celles où la négation était sanctionnée de la peine du double, telle l'*a.* née du délit de la loi Aquilia et telles aussi des actions non délictuelles, comme le recours de la caution, l'*a.* du legs *per damnat.* et l'*a. civile* en exécution du *iudicatum*. Il y a là une inexactitude, car l'*a. legis Aquiliae* est déjà pénale lorsqu'elle ne porte que sur le simple, tandis que les autres actions ne le deviennent que dans le cas de la négation. »

2. Cf. Arangio-Ruiz, *Ist. loc. cit.*, p. 336-337.

possible de comprendre Gaius 4.9. autrement qu'en déduisant de ce texte l'identité de la *res* et du *simpulum*, de la *poena* et du *duplum*.

Nous ne tenons pas pour démontré que le *simpulum leg. Ag.* ait été, à l'époque classique, une *poena*, Ulpien a certainement déduit une première conséquence pratique de la nature quantitative mixte d'une action — et précisément de l'*a. leg. Ag.* — contrairement à ce qu'en pensent M. Lévy et la majorité des auteurs¹. C'est ce que prouve le texte suivant :

1. Cf. Levy, *Privatstrafe*, p. 142 et *Konk.*, I, p. 144, n. 5. Tous les textes où les Romains auraient tiré les conséquences pratiques de cette nature seraient interpolés, d'après M. Lévy. A l'appui de cette opinion l'éminent auteur cite et étudie sommairement un certain nombre de fr. du *Digeste*. Le premier, relatif à la concurrence de la *condictio* et de l'action au quadruple contre celui qui « ut calumniae causa negotium faceret uel non faceret, pecuniam accepisse dicitur », (D., 3.6 *de calumniatoribus*, 5, § 1) est certainement interpolé : [an uero in triplum danda sit], mais n'a rien à voir avec notre sujet. Le second (D., 4.2 *quod met. c. gest. er.* 14, § 9), relatif au cumul de l'*a.* et de l'exception *quod metus causa*, paraît également suspect, mais là encore le développement juridique de l'institution nous paraît conduire à écarter tout rapprochement avec les actions à *litis*croissance qui sont toutes originellement des actions civiles s'intentant primitivement par une *legis actio*, tandis que les deux dernières actions citées (*ut calumniae causa...* Lenel, *Edictum*³, p. 106 et s.), l'*a. quod met. c.* sont toutes deux des actions prétoiriennes, apparues assez tardivement, pour lesquelles l'évolution, selon M. Lévy lui-même, a été différente de celle des actions civiles. Quant au troisième texte (P., 6.1 *de rei uindic.* 14, Paul, lib. 21 *ad ed.* : « Quod si maluit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolendus est possessor. [itaque electio actori danda est, non ut triplum sed duplum consequatur.] », il ne permet pas de tirer une conclusion quelconque sur l'existence ou la non-existence, à l'époque de Paul, d'une *a.* mixte *ex lege Aquilia*. L'hypothèse même d'un glossème explicatif n'est pas écartée par l'auteur. Cf. Eisele, *SZ*, 13.135. Moins concluant est encore le cinquième texte (D., 9.2.30.1). Le sixième (D., 27.3 *de tutel. et rat. distr.*, 2, § 2 : « haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli est. » Levy, *Konk.*, I.144, n. 5) n'est que douteux, l'interpolation ne nous semblant pas aussi certainement établie qu'elle le paraît à M. Levy. L'argument exposé par M. Levy sous la lettre *b* ne nous semble être qu'une pétition de principe.

L'argument *c*) ne doit pas être retenu. Que l'unité de la condamnation soit, dans l'*a. rat. distr.*, la valeur de la chose et non pas le *id quod interest* et que ce dernier puisse dépasser de beaucoup non seulement le *simpulum*, mais même le *duplum* de cette valeur, il n'en résulte pas que la *rei persecutio* n'ait point pu être contenue dans l'*a. in simplo* (?). Les Romains ont connu et pratiqué deux sortes d'évaluation différentes de la *res* : l'une, la plus ancienne, ne tient compte que d'un concept objectif de la valeur et trouve son expression dans la formule connue *quanti ea res est* (erit), l'autre, plus tardivement apparue, se fonde sur la valeur subjective de la *res* ou *id quod interest*. La vieille action *rat. distr.* devait naturellement avoir pour base de calcul le *quanti ea res est*. Le contraire serait étonnant. Quant aux arguments *a*) et *d*), dont la portée est loin d'être absolue, ils peuvent faire croire tout simplement à l'une des ces interpolations de forme et non de fond si nombreuses.

D. 4.4.9.2. (*Ulp. lib. II ad edictum*) : « Nunc uiden-
 « dum minoribus utrum in contractibus captis dum-
 « taxat subueniatur, an etiam delinquentibus : ut
 « puta... et placet in delictis minoribus non subue-
 « niri. nec hic itaque subuenietur. nam et si furtum
 « fecit uel damnum iniuria dedit, non ei subuenietur.
 « sed si, cum ex damno dato confiteri possit, ni dupli
 « teneatur, maluit negare : in hoc solum restituendus
 « sit, ut pro confesso habeatur. ergo et si potuit pro
 « fure damnum decidere magis quam actionem dupli
 « uel quadrupli pati, ei subuenietur. »

Ce texte paraît, au premier abord, assez étrange : il commence par poser une règle ; les mineurs, dont on a abusé en leur faisant souscrire certains engagements, pourront être restitués ; au contraire, ceux qui se sont rendus coupables d'un délit demeureront tenus de l'obligation engendrée par leur acte. Le second postulat de cette règle reçoit une application rigoureusement logique dans la phrase *nam et si... non subuenietur*, où les mots *et si* paraissent indiquer que l'on pouvait, déjà à l'époque d'Ulprien, douter de la solution rapportée, car ils ne paraissent pas suspects et n'ont été suspectés par personne¹. Par contre, les deux dernières phrases nous offrent deux décisions en apparence surprenantes, étant données les prémisses du raisonnement d'Ulprien : le mineur qui, ayant pu avouer le délit de la loi Aquilia ou transiger (*damnum decidere*) sur celui de vol, a préféré s'exposer à la condamnation au double ou au quadruple, sera, dans le premier cas, replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait avoué, dans le second, restitué contre la condamnation encourue.

1. Les interpolations signalées par l'*Index*, I, p. 53 et suppl., p. 67, s'arrêtent à la phrase *nec hic itaque subuenietur*. Nous n'avons pas à nous en préoccuper ici. Elles sont d'ailleurs complètement indifférentes à l'argumentation que nous soutenons. Par contre, il est certainement de la plus haute importance pour nous de faire remarquer que toute la phrase *nam et si furtum ut pro confesso habeatur* et celle qui lui fait suite attendent encore la critique d'un chasseur d'interpolations. Nous n'attachons par ailleurs aucune importance au critère de forme « *sed si* », retenu par M. Guarneri-Citati, *Indice*, p. 80.

En réalité, s'il faut admettre — comme nous le faisons — qu'Ulpien a bien écrit lui-même ces deux dernières phrases, il est impossible de croire qu'un lien de logique étroit n'existe pas entre elles et la règle exposée en premier lieu. La pensée du jurisconsulte a été de représenter les deux solutions particulières comme des applications du principe juridique dégagé plus haut. C'est en effet parce qu'il sera considéré comme un *confessus* que le délinquant de la loi Aquilia ne subira pas la peine du double. Il sera restitué, dit Ulpien, dans la mesure correspondant seulement à cette fiction (*in hoc solum restituendum sit, ul pro confesso habeatur*). La même idée apparaît dans la phrase suivante¹ : on tient pour acquise la transaction qui aurait dû avoir lieu et que le mineur a repoussée et on le restitue dans la limite où le *damnum decidere* eût été, pour lui, plus avantageux que l'autre hypothèse (*actionem pati*)².

Il résulte de cela que c'est par le moyen de la fiction portant soit sur la *confessio*, soit sur l'accord (*damnum decidere*) qui n'a pas eu lieu, que le jurisconsulte classique applique la règle précédemment énoncée par lui, à savoir que l'on vient en aide au mineur *dans* ses contrats — entendons par là dans les actions contractuelles intentées contre lui³ — et non dans ses délits (= dans les actions délictuelles exercées contre lui). Peu importe que le résultat de l'opération soit l'annulation de la peine du double : *ce n'est pas la poena qui est restituée, c'est la confessio* — *puisque c'est sur elle que porte la fiction introduite* —, *c'est l'action au simple dans l'hypothèse de la loi Aquilia. Il ne peut en être ainsi que si celle action au simple n'est pas une action délictuelle. En fait, il n'est pas douteux que le jurisconsulte classique cherche par cette idée à justifier sa solution. Elle lui permet en effet*

1. Le défendeur qui ne s'accommode pas sur le *damnum decidere* de vol et laisse se poursuivre contre lui l'instance est assimilé, dit Hitzig, *Beitr. zur Lehre vom Furtum*, ZS, 23 (1902), p. 325 à l'infortuné de la *lex Aquilia*. Cela est exagéré sans doute, mais l'idée vraie est que la solution est la même dans les deux cas.

2. Cf., Huvelin, *Furtum*, p. 75; Hitzig, *loc. cit.*

3. La langue juridique française emploie l'expression « restituer contre »; le latin dit « *in hoc solum restituendum sit* » et *in* a le sens ici de *dans*.

de rattacher celle-ci au principe juridique précisé par lui dans la première partie du fragment.

La même conclusion doit être déduite de :

Ulp. lib. quadragensimo tertio ad Sabinum. D. 46.3.
 « *de solut. et liberat. 7* : « Si quid ex famosa causa et
 « non famosa debeatur, id solutum uidetur, quod ex
 « famosa causa debetur, proinde si quid ex causa iudi-
 « cati et non iudicati debeatur, id putem solutum, quod
 « ex causa iudicati debetur, et ita Pomponius probat.
 « *ergo si ex causa quae infiltatione crescit-uel poenali*
 « *debetur, dicendum est id solutum uideri, quod poenae*
 « *habet liberationem*¹ ».

Sans doute, il serait difficile de conclure à la pureté absolue de ce texte. Le *uel poenali debetur* est plus que douteux. Mais le fr. d'Ulpien rapporte dans son ensemble une opinion de Pomponius, dont la phrase qui seule nous intéresse directement ici formait sans doute la conclusion. Le mot *ergo* le démontre et il n'est d'ailleurs pas suspect au commencement d'une phrase. On peut trouver, il est vrai, la forme *quod poenae habet liberationem* pénible. C'est là question de sentiment et de goût. Nous ne pouvons nous décider à y voir du mauvais latin. Ainsi, sauf l'addition de *uel poenali debetur*, nous ne pouvons, sans exagération, attribuer le passage *ergo si — liberationem* aux compilateurs.

Une raison primordiale nous décide d'ailleurs : il suffit en effet qu'un seul des textes où est clairement indiquée l'une des conséquences pratiques des plus importantes de la distinction dans le droit classique de l'action mixte — entendons par là à la fois pénale et réipersécutoire — soit irréprochable pour que toutes les interpolations elles-mêmes signalées çà et là redeviennent, à nos yeux, suspectes, non sans doute quant à leur existence formelle, mais quant à la valeur de fond qu'il convient de leur attribuer en leur rapportant l'introduction dans un texte clas-

1. Cf. sur ce texte notre chapitre de l'*a. iudicati*, p. 59.

sique d'une construction juridique à eux postérieures de trois siècles.

Aussi bien ces premières constatations peuvent être appuyées par des arguments épars dans la grande œuvre de M. Ernst Lévy, dont les dimensions sont telles qu'elles paraissent avoir pris parfois en défaut les facultés de construction du juriste. C'est avec raison que retrouvant, après Mommsen¹, la trace d'une vieille controverse qui remonte à Labéon, M. Ernst Lévy² a pensé à rapprocher de l'*a. leg. Aquiliae l'a. ui bonorum raptorum* dont Gaius dit :

4.8. « Poenam tantum persequimur uelut actione
« furti et iniuriarum et secundum quorundam opinio-
« nem actione ui bonorum raptorum; nam ipsius rei
« et uindicatio et condictio nobis competit. »

Le cumul de l'*a. ui bonorum rapt.* et de la *condictio furtiua* ne pouvait être admis que s'il n'était laissé aucune place à la fonction répersécutoire de la première. Or, le texte de Gaius nous indique clairement qu'à l'époque de Gaius il n'est plus incontesté que, par celle-ci « *poenam tantum persequitur*. Mommsen et M. Lévy ont tenté de l'expliquer par des considérations historiques fort instructives. L'édit de Lucullus³, ont ils dit, visait les dommages perpétrés à main armée ou par une troupe d'hommes assemblés. Ainsi compris, le délit se rattachait dans sa forme originaire à l'idée du *damnum* de la loi Aquilia (nous recommandons d'ailleurs à qui en douterait de lire le *Pro Tullio*). Mais né de la notion de dommage, il ne devait pas tarder à évoluer vers celle du vol. Parce que l'on sentit l'impossibilité de distinguer, dans les actes de violence commis en bande, entre les détériorations et les appropriations, on fut conduit à faire tomber sous le coup de l'édit toute soustraction violente même accomplie par un seul délinquant. C'est ainsi que le *bona rapere* (D.-47.8.2. *pr. siue cuius bona rapta esse dicentur...*) fut ajouté à l'édit. Or, le transport de l'action du domaine du *dam-*

1. Cf. Mommsen sur l'*a. ui bon. rapt.*, *Strafrecht*, p. 660; 2, 380-381 de la trad. Duq.

2. Cf. Lévy, *Konk.*, I, p. 428 et s.

3. Cf. Cic., *pr. Tull.*, § 7.

num iniuria datum dans celui du *furtum*, portait, écrit M. Lévy, le germe d'une différence de conception surtout en ce qui concerne le caractère indemnitaire de la *poena*. Pour qui se pénétrait de la parenté historique de cette action avec l'édit de Lucullus et voyait cette parenté affirmée et conservée dans l'unité de l'édit postérieur, l'*a. ui. bon. rapl.* devait encore *rei persecutionem continere*, parce qu'elle apparaissait comme une variété des sanctions du *damnum datum*, ce qui suppose évidemment que l'élément réipersécutoire de la *poena legis Aquiliae* était déjà reconnu et distingué au temps où vivait Gaius¹.

Que M. Lévy ne voit ici que la preuve de la fonction indemnitaire de l'*a. leg. Ag.* en droit classique, voilà qui nous semble très insuffisant. L'idée rendue par l'expression *rei persecutionem continere* est beaucoup plus forte. Dans l'*a. ui. bon. rapl.* c'est le contenu de celle dernière et non pas seulement sa fonction qui pouvait faire obstacle à ce qu'elle concourût avec la *condictio furtiva*. L'idée de la fonction n'est pas une idée romaine : elle exprime une abstraction que tout nous interdit de rapporter à l'esprit des solutions concrètes du Romain. Cela ressortira plus nettement encore des développements qui suivront.

Recherchons en effet quelle est la controverse à laquelle Gaius (4.8) fait allusion. Elle ne peut être, croyons-nous que celle rapportée par Ulpien, liv. II *ad ed* sur le sujet de l'*a. quod metus causa*, autre action qui, dit-on, serait devenue mixte dans le droit de Justinien² :

D. 4.2. *Quod met. c. gest. er.* 14 § 9 : « Sed et si quis
« per uim stipulatus cum acceptum non faceret, fuerit
« in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum a-
« gentem aduersus exceptionem replicatione adiuvandi
« Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit
« reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli
« actionem nihilo minus exceptione summouendum
« eum, qui uim intulit, dicebat : quod cum durum uide-

1. Levy, *op. cit.*, p. 432, n. 1 et *Privatstrafe*, 23, n. 3, 148.

2. C'est l'opinion générale. Cf. par ex. Cuq, *Man.*, p. 825, n. 2.

« batur, ita temperandum est, ut tam tripli condem-
 « natione plectatur, quam acceptilationem omnimodo
 « facere compellatur¹. »

Ainsi Julien repoussait le cumul de l'action et de l'exception *quod metus causa*, qui aurait eu pour résultat de faire obtenir à la fois au défendeur le quadruple et le simple. Il donnait une *replicatio* au demandeur déjà condamné au quadruple sur l'exercice de l'*a. quod metus causa* pour repousser l'exception du défendeur, lorsque celui-là agissait par l'*a. ex stipulatu* contre celui-ci. La raison que devait invoquer Julien était certainement que l'*a. quod met. c.* ne lui paraissait pas complètement et exclusivement pénale. Au contraire la solution de Labéon indique qu'aux yeux du contemporain d'Auguste cette action était encore purement pénale, d'où le cumul des deux moyens juridiques, *a.* et exception. L'opinion de Julien l'a emporté, car c'est elle visiblement que les compilateurs ont consacré dans le membre de phrase *quod cum durum — compellatur* qui émane certainement d'eux. D'où il ressort que cette interpolation n'a aucune valeur de fond, car elle ne fait que reproduire sous une forme différente certes la règle dégagée par un classique.

Il suffit de transporter cette controverse dans le sujet de l'*a. ui bonorum raptorum*. Un texte nous permet de le faire avec certitude.

D. 13.1. *de cond. furt.* 10.1 (*Ulp. liv. 38 ad ed.*) :
 « Ei quoque, qui ui bonorum raptorum tenetur,
 « condici posse *Iulianus libro uicensimo sesondo di-*
 « *gestorum significat.* »

1. On s'accorde à reconnaître la fin « *quod cum durum — compellatur* » comme interpolée, ce qui est d'évidence. Cf. Faber, *Conj.*, 16.19. Lenel, *Pal.*, 2.464.3; Levy, *Konk.*, I, p. 434, n. 9 et réf. cit.; M. Cuq, *loc. cit.*, écrit que Justinien a consacré l'opinion de Julien, ce qui nous paraît enlever toute importance de fond à l'interpolation. Cf. *Index*, 1, col. 46 et suppl. 1 col. 57.

Pour nous, le texte permet de saisir sur le vif le passage de la notion d'action purement pénale à celle de l'action par laquelle on poursuivait à la fois la *res* et la *poena*, donc disons le mot, encore qu'il semble faire peur à la plupart, de l'action mixte, étant d'ailleurs toujours bien entendu que l'adjectif « mixte » est, puisque l'on y tient, une création des compilateurs. A l'époque de Gaius ce passage n'est pas complètement franchi pour l'*a. quod met. c.* Il l'est au contraire pour les autres actions du § 9.

Il semblerait, à la première lecture de ce texte, que Julien s'est contredit en admettant, pour l'*a. ui bon. rapt.*, une solution autre que celle qu'il préconisait pour l'*a. quod met. causa*. L'explication nous est offerte ici par M. Ernst Lévy¹. Rappelons en effet que le sens de l'évolution juridique de l'*a. ui bon. rapt.* l'a conduite de la notion de l'*a. damni iniuriae* vers l'*a. furti*, celle-là étant son point de départ, celle-ci son point d'arrivée. Le hardi novateur qu'était Labéon a dû fort bien accueillir le concept nouveau qui faisait du délit ancien un *furtum*. Les mêmes jurisconsultes, qui discutaient sur le cumul de l'*a.* et de l'*except. quod met. c.*, ont certainement été conduits à confronter la solution qu'ils avaient dégagée pour cette question avec celle de l'*a. ui bon. rapt.* en concurrence avec la *condictio furtiva*. Et c'est ici que le rapprochement de l'*a. ui bon. rapt.* avec l'*a. furti* les a logiquement contraints à admettre le cumul. D'où Julien s'est trouvé d'accord avec Labéon pour reconnaître le caractère purement pénal de l'*a. ui bon. rapt.* et admettre la *condictio*, à l'encontre de l'opinion de certains autres jurisconsultes (*quorundam opinionem*). A nos yeux enfin, les compilateurs qui ont plusieurs fois dans les *Institutiones* affirmé le caractère mixte de l'*a. ui bon. rapt.*², ont laissé subsister le cumul de cette action avec la *condictio*, ainsi que notre texte ci-dessus et d'autres le démontrent³, mais ils ont incorporé le contenu de la *condictio* à l'*a. ui bon. rapt.*, demeurée, croyons-nous, jusqu'à l'époque d'Ulpien tout au moins, purement pénale, ainsi que l'a soutenu déjà M. Gradenwitz⁴. Aussi bien Papinien était-il du même avis encore en ce qui concernait l'*a. quod met. causa*⁵.

Tout cela suffirait déjà à démontrer que la période classique a été vraiment celle où la théorie de l'action mixte s'est formée, où Julien l'a affirmée en ce qui concerne l'*a.*

1. Lévy, *Konk.*, I, p. 432.

2. Cf. *Inst. Just.*, IV.2.pr., *ui bon. rapt. pr.* : « sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, ... » ; IV.6.19 : « Vi autem bon. rapt. actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. »

3. Cf., D., 47.8, *ui bon. rapt.* et de *turba*, 2. § 26 et § 27.

4. Cf. *Ungültigkeit obligatorischer Rechtseschäfte*, 1887, p. 37.

5. Cf., D., 13.7.22.1.

quod met. causa, où Gaius comme lui la résumait en quelques mots dans ses §§ 8 et 9 du quatrième commentaire, **de la comparaison desquels il résulte que ce qui était encore discuté pour l'« actio ui bon. rapt. » ne l'était plus pour les actions à litiseroissancæ.** On voit que le jurisconsulte hésite à ranger la première sous son § 8, avec les actions par lesquelles *poenam tantum persequimur*, ou à la faire entrer dans l'énumération de son § 9, parmi celles grâce à qui *poenam et rem persequimur*. Les arguments abondent pour confirmer le classicisme de la notion de l'action mixte.

La solution dégagée à propos de l'*a. qu. met. c.* était la même que celle donnée pour l'*a. leg. Aq.* et l'*a. iud.* certainement et, fort probablement, pour tous les autres cas aussi où l'action croissait au double *aduersus infilientem*.

Notre démonstration doit être fondée sur deux fragments du *Digeste* :

« *D. 5.3. de hered. pet. 20 § 4* (Ulp. 1.15 *ad ed.*) :
 « Cum praediximus¹ omnes hereditarias actiones in
 « hereditatis petitionem uenire, quaeritur, utrum
 « cum sua natura ueniant an contra. ut puta est quae-
 « dam actio, quae infitiatione crescit : utrum cum
 « suo incremento an uero in simplum uenit, ut legis
 « Aquiliae? et **Iulianus** libro sexto digestorum **scribit**
 « **simplum soluturum**². »

D. eod. t. 20 § 5 « Idem recte ait, si noxali iudicio
 « condemnatus sit possessor defuncto, non posse eum
 « dedentem noxae officio iudicis liberari : quia tam-
 « diu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu
 « iudicati conueniatur, post susceptum iudicium non
 « potest noxae dedendo se liberare : suscepit autem
 « per petitionem hereditatis³. »

1. *D. h.*, t. 18, § 2.

2. Interpolations : cf. Longo, « Il criterio giustiniano della natura actionis », *Stud. Scialoja*, p. 20 et s. L'interpolation de *Cum praediximus* — *Aquiliae* ne présente, à nos yeux, aucune importance dans le domaine restreint de cette étude. A ce sujet, en effet, elle ne paraît en aucune façon avoir eu pour but d'introduire une solution particulière aux compilateurs. Cf. Levy, *Konk.*, I, 133, n. 1, 5; 127, n. 1; 435, n. 10; 2.1; 14, n. 3. Quant aux restitutions de Betti *Litis Aestimatio*, 2.27, n. 1; Att. Ven., 74 (1914-1918), 1478, nous y renvoyons le lecteur.

3. Seul, M. Wenger (*Act. Iud.*, p. 67), soupçonne la phrase « suscepit autem per petitionem hereditatis » d'être une corruption ou une interpola-

L'explication du premier de ces fr. tient tout entière dans la solution à donner au cas de concurrence de la pétition d'hérédité et de l'*actio legis Aquiliae*¹.

tion, car il est évident que la *petitio hereditatis* n'est pas exercée par le défendeur dont il est cependant question sous le verbe *suscepit*. Ulpien aurait écrit « per susceptam hereditatis petitionem ». Voy. Dernburg, *Hereditatis petitio*, p. 60. M. Wenger a, avec raison, tiré une preuve de plus de notre texte en faveur de l'existence dans le droit classique d'une *actio iudicati in simplum*. Cf., pp. 66-67.

1. Il est nécessaire d'exposer ici encore l'opinion de M. E. Lévy. Cf. *Konk.*, I, p. 131 et s. On sait que, pour cet auteur, la consommation de toute action à l'occasion de l'exercice d'une autre action provient de l'*eadem res* qui suppose à la fois l'identité de la *causa* de ces deux actions et celle de leur objet. Or, la *causa de la petitio hereditatis* est la même que celle des actions personnelles nées des créances héréditaires. Sans doute doit-on penser que la *causa* d'une action réelle est fondamentalement distincte de celle d'une action personnelle. Mais l'*hereditatis petitio*, selon D. 44.2.7 § 5 *in fine* (« nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci »), où se trouve posée la règle de la consommation réciproque de toutes les actions comprises dans l'hérédité et de la pétition d'hérédité, n'est pas entendue dans son sens d'action réelle. Cela se comprend, dit M. Lévy, si l'on songe au chemin précaire que les Romains durent emprunter pour faire servir l'*hereditatis petitio* à la poursuite d'une créance. En effet, si l'on reconnaissait dans ce but une possession non seulement des droits mais même des obligations, et si l'on faisait du *debitum hereditatis un iuris possessor* (D. 5.3.13 § 15), on aboutissait ainsi à confondre ces notions, confusion à laquelle contraignait d'ailleurs l'étroitesse de la formule (cf. sur ce sujet, Lenel³, p. 178), mais qui certainement n'était admise que pour servir de base à la légitimation passive de la dette héréditaire dans la vente et n'avait pas un champ plus étendu, car cette extension eût entraîné d'inadmissibles dérogations à des règles essentielles du droit romain et notamment à « neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi posset ». Elle eût créé une division du droit héréditaire en un droit de créance personnel et un droit réel à la créance. Aussi, pour éviter pareilles monstruosité juridiques, la *petitio hereditatis* fut-elle prise comme un cadre pour les actions individuelles plutôt que comme une action indépendante ayant une *causa actionis* propre, ce qui revenait ainsi à considérer le motif de la naissance comme une *causa* unique, soit que l'on agisse au moyen de l'action particulière, soit que l'on comprenne l'obligation dans la pétition d'hérédité. Mais l'objet de la pétition d'hérédité n'est identique à celui de l'action personnelle que lorsque celle-ci revêt le caractère réipersécutoire. C'est ce que suppose Ulpien au D. 44.2.7 § 5 en ne parlant que du *debitum* au début de ce texte. Quant à la généralisation de la fin, qui se trouve dans un rapport étroit avec D. 5.3.18 § 2 et le début de notre texte (D. 5.3.20 § 4), on peut affirmer qu'elle est inexacte ou qu'elle provient d'une interpolation. Cf. dans le sens d'une interpolation Longo, *Studi Scialoja*, p. 624 et s., Di Marzo, *Studi Moriani*, 2, 1906, 36, de Ruggiero, *Bull.* 19.63, n. 1, Wenger, *A. Iud.*, p. 64. Tous ces textes sont donc suspects. D'ailleurs la consommation des actions pénales par la pétition d'hérédité est contredite par Paul, liv. 20 *ad ed.*, D. 5.3.36 § 2. Cela démontre que l'élément principal de la solution du problème réside dans le caractère réipersécutoire de la pétition d'hérédité. Dans le cas particulier de son concours avec l'action de la loi Aquilia, l'héritier réel ne pourra pas poursuivre la *poena*, donc le double, par la pétition. Les Romains ont pu hésiter sur le point de savoir si celle-

L'héritier apparent a détruit une chose héréditaire : il a par exemple tué un esclave appartenant au défunt. L'héritier réel agit contre lui par la pétition d'hérédité, et, parce que, nous dit le texte, toutes les actions héréditaires sont comprises dans la pétition¹, Ulpien se demande si

ci ne perdrait pas ici encore, comme dans la question de la *causa* exposée ci-dessus, son individualité, au profit, le cas échéant, de chaque action concourante. Mais après le précédent de Julien (à notre texte) la science du droit décida que la *petitio* ne ferait obtenir que l'évaluation du dommage délictuel, sans aucun égard à la *poena*. Ainsi s'expliquerait notre texte. Le caractère répersécutoire de la *petitio* était établi avec toute la netteté désirable. Son objet était reconnu distinct de celui de toute action pénale.

Cette solution n'était pas celle de tous les auteurs : la plupart (Eisele, *Arch. Ziv. Prax.*, 79, p. 382 et s., Pernice, *Labeo*, 2^e, 62, n. 3 et Siber, « die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, 1907, p. 184, 195, Lewinsohn, *Beitr. z. Lehre v. d. Aktionenkonkurrenz*, 65), assimilant la *petitio hereditatis* à la *rei vindicatio*, considéraient, à l'inverse de M. Lévy, que l'*a. leg. Ag.* et la *pet. hered.* avaient un but identique, mais une *causa* distincte, Siber et Lewinsohn en s'attachant surtout au caractère d'action réelle de la *pet. hered.*, Eisele, en vertu d'une conception particulière sur la réfutation de laquelle nous renvoyons à Lévy, *Konk.*, I, p. 100.

M. Lévy a repris et confirmé sa démonstration dans son tome II, p. 13 et s. « Il résulte nécessairement d'Ulpien D. 44.2.7 § 5, dit-il, que l'on ne reconnaît pas à la *p. h.*, dans les cas de concurrence, un fondement spécial, eu égard à son caractère d'action réelle, se distinguant de la *causa* de l'action isolée. Le meurtre de l'esclave héréditaire est l'unique *causa* des deux actions. Au contraire, les buts de ces actions sont différents : l'*a. leg. Ag.* est pénale, la *p. h.* est répersécutoire. Lorsque, conformément à la fonction universelle de la *p. h.* (D. 5.3.18 § 2), le fait délictueux entre dans son domaine, cela ne se produit qu'en vue d'une pure indemnisation de l'héritier. Seulement, en la comprenant dans le procès sur l'hérédité, les deux parties ne doivent subir aucun dommage : de même que, d'une part, la *noxae deditio* est ouverte, le cas échéant, au défendeur (Paul, D., *eod.* 40 § 4 et 20, § 5), de même le demandeur peut exiger, d'autre part, que l'estimation soit faite d'après la proportion fixée par la loi Aquilia. Mais ceci comme cela ne résulte pas du caractère de l'action et ne vient que d'une considération d'équité du juge (*officio iudicis*).

1. L'auteur du dommage ou le *condemnatus* qui invoquent leur qualité d'héritiers sont dans la même situation juridique que le débiteur héréditaire qui agit de même. Le premier ne possède plus le *corpus* de l'esclave tué ou de la chose détruite par son esclave. Il prétend que, depuis la destruction de la chose, lui seul a le droit d'en demander compte et que la créance en indemnité est éteinte par voie de confusion. Il n'est pas non plus un *fi-tus possessor* : la plupart du temps, il n'aura pas cessé de posséder par dol. La règle *dolus pro possessione est*, du Juventien, ne peut lui être appliquée que s'il a volontairement détruit la chose ou l'a fait détruire par son esclave *ante petitam hereditatem*. De même le propriétaire de l'esclave qui a causé le dommage à la chose héréditaire ou commis le *furtum* sur cette dernière est, vis-à-vis du défunt, le débiteur de l'estimation à partir de la condamnation, car ce qui est *in obligatione*, c'est alors le paiement. Or, dans les deux § reproduits ci-dessus, ni l'héritier apparent auteur du dommage ni le *condemnatus* ne sont traités comme des *iuris possesores*. La notion de *iuris possessor* paraît bien ici inconnue de Julien et d'Ulpien. Cette constatation

elles doivent passer dans ce cadre général en conservant leur nature propre. Ainsi l'action croissant au double *aduersus infitiantem* conservera-t-elle à l'héritier réel son accroissement (*incrementum*)? L'héritier apparent sera-t-il réputé avoir commis une *infitalio* par cela seul qu'il a contesté la qualité d'héritier du demandeur en affirmant au contraire son droit? Julien répond qu'il ne devra payer que le *simpulum legis Aquiliae*.

Le § 5 fait allusion à une espèce voisine : le défunt avait obtenu une condamnation par un *iudicium noxale* contre le *possessor hereditatis*. Dans cette hypothèse, nous nous trouvons en présence d'une obligation facultative : le *possessor* a le choix, lorsqu'il est poursuivi par la *p. h.*, ou de se déclarer prêt à l'abandon noxal et, dans ce cas, il sera absous par le juge, ou d'accepter l'organisation de l'ins-

vient à l'appui de la thèse de M. Di Marzo, *op. cit.*, p. 32 : « Certo il diritto classico conobbe, che la hereditatis petitio si dà anche contro il debitore ereditario... ma la giurisprudenza classica non arrivo a scorgere nel debitore ereditario un possessor iuris. » Sur le même sujet, M. Lenel écrit, dans sa 3^e éd., 1 « Je pensais (autrefois) que le concept pour nous si singulièrement étrange de la *iuris possessio* ne devenait intelligible qu'à la condition de penser que la formule (dans laquelle l'auteur faisait entrer un « quod N. N. ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet », c'est-à-dire l'affirmation de la passive légitimation, selon D. 5.3.13. § 12 et Gaius *h. t.* 10 § 1) contraignait à fonder la passive légitimation uniformément sur la possession. La force probante de cet argument dépendait cependant du classicisme de notion de la *iuris possessio* et Di Marzo a depuis longtemps déjà démontré qu'elle était étrangère à la jurisprudence classique. » M. Lenel adhère donc aujourd'hui à la théorie dominante qui, depuis Rudorff, *Edict. Perpet.* § 57, reconstitue la formule de la *petit. hered* sur le modèle de la *rei vindicatio*, sans que la formule contienne aucune allusion aux titres *pro herede* ou *pro possessore*. Les raisons qui, autrefois, avaient inspiré une autre opinion à M. Lenel, ont perdu à ses yeux leur valeur depuis la découverte de l'interpolation des textes dont il argumentait antérieurement. Cf. *Edict. Perpet.*, trad. *Pell.*, I, p. 291 n. 1 et comp. *Edictum*, p. 178 i « Ich berief mich in erster Linie... » Mais il ne convient pas de penser que l'exigence même de la passive légitimation soit aujourd'hui déniée. Ce n'est certainement pas dans ce sens qu'il faut entendre la doctrine de M. Lenel. Ulpien, dit-il, commentait sans doute au D. *h. t. fr.* 11, 13, 16, 18, pr. en détail la nécessité du *pro herede uel pro possessore possidere*, mais non pas à propos de la formule. Il passait ensuite à la question des « quae ueniunt in hered. possessionem ». Il nous semble que toute allusion à la passive légitimation eût fait double emploi avec les mots « S. p. hereditatem... A. A. esse, si arbitrato indicis res A. A. non restituitur », car le verbe *restituere* implique l'idée d'une prétention du défendeur à la possession. Cf. sur la *p. h.* Lenel *ZS.* 1926, « Passivlegitimation bei der Petitio Hereditatis », G. Longo, *Studi sulla hereditatis petitio, R. per le sc. giur.*, nouv. sér., 1929, IV, fasc. 3, Appleton, *R. H. D.*, 1930, p. 1 et 621 et s.

tance. Mais de même que le *iudicalus* conserve la faculté de se libérer, en faisant l'abandon noxal, jusqu'à la *litis contestatio* survenant dans l'*actio iudicali*, de même l'acceptation du débat sur la *p. h.* met fin à la possibilité de l'abandon noxal.

Reprenons ces deux paragraphes séparément. Pour le premier, l'interpolation en la forme de la question posée par Ulpien *cum praediximus-Aquiliae* ne nous semble pas douteuse¹. Les compilateurs n'ont, comme toujours, laissé subsister de l'énumération des cas où l'action croissait au double, que le seul exemple de l'action de la loi Aquilia² et il nous semble infiniment probable que cette liste avait été dressée par Ulpien, car il est traité au paragraphe suivant de l'*actio iudicali* dont l'une des règles se trouve appliquée à la pétition d'hérédité. Aussi M. Wenger³ est-il disposé à admettre qu'il était déjà question de l'*actio iudicali* au § 4, ce qui, selon lui, expliquerait l'obscurité du § 5. Peut-être aussi les compilateurs ont-ils inséré là leur concept de la *natura actionis*. Mais, pour nous, tout cela a peu d'importance : Julien répond bien à la question posée — comme il répond à celle du § 5. Non seulement en effet la phrase « et Iulianus... scribit simplum soluturum » n'est ni suspecte ni suspectée, mais encore la solution indiquée comme étant celle de Julien est confirmée par Pomponius chez Paul :

D. 5.3 *de hered. pet.* 36 § 2 : « Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione ueniet : sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum uelit sibi eum condemnari, ut caueat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae ommissa eius rei aestimatione a iudice⁴. »

1. Cf. Longo, *Stud. Scialoja*, I, 624.

2. *Comp. Inst. Inst.* 3.27.7 et 4.16.1.

3. Wenger, *Act. iud.*, p. 64 pense que l'on ne peut pas affirmer avec certitude que l'*actio iudicali* était citée au fr. 4 comme exemple à côté de l'*a. leg. Aq.* et a été supprimée par les compilateurs, mais que cela expliquerait ce que les mots suivants d'Ulpien ont d'obscur.

4. Pas d'interpolations relevées à l'Index, I, col. 80. Maisvoy. Supplém. I, col. 102.

Nous voici, avec Pomponius, au siècle d'Hadrien, où vivaient Celsus et Iulianus. Or, nous apprenons que l'auteur du dommage qui défendait à la pétition d'hérédité, n'était jamais tenu que du simple, car le demandeur devait promettre, s'il voulait obtenir la condamnation de son adversaire de ne pas agir ultérieurement par l'action de la loi Aquilia, à moins qu'il ne préférât conserver intact ce recours en omettant de faire comprendre l'estimation du dommage dans l'examen du juge.

Ainsi, Pomponius et Julien étaient d'accord pour admettre que la pétition d'hérédité ne faisait jamais obtenir que le *simplum legis Aquiliae* et nous avons par là une double raison de tenir cette solution pour celle de l'époque classique.

M. E. Levy voit, dans le texte de Paul, la preuve qu'une action pénale ne pouvait pas être éteinte *iure civili* par l'exercice de la *petitio hereditatis*, parce qu'elle tendait à une *poena*, alors que la *petitio* ne pouvait faire obtenir que la *res*:

Que la solution de Pomponius permette en effet de comprendre que la concurrence de ces deux actions ne donnait pas lieu à une consommation civile (ut caueat se non acturum), cela est bien évident. Mais peu nous importe la nature civile ou prétorienne ou judiciaire de l'extinction de la seconde action exercée. En réalité, Pomponius atteste que, dès l'époque classique, le *simplum legis Aquiliae* était assimilé par la pratique à l'objet de la pétition pure action civile. Les *Basiliques* confirment expressément cette interprétation :

ὁ δὲ Ἀκουίλιος οὐ κυρίως ἔχει κατὰ φύσιν οἰκειάν τὴν διπλωσιν, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως εἰσαγομένην ἡ καὶ εἰκότως μόνον τὸ ἀπλοῦν ὑπὲρ τοῦ Ἀκουίλου διὰ τῆς νερεδιτάτις πετίτορος ἀπαιτοῦμεν, ἐπιλογὴν ἔχοντος τοῦ πετίτορος, εἴγε βούλεται τὸν βλάψαντα

Scolie 5, *Dig.* 5.3.20, §§ 4-5 (42.1.20, *Heimb.* 4, p. 208)

« Actio autem legis Aquiliae sua natura non pro-
« prie tendit in duplum,
« sed tantum ex infitiatione : et merito Aquiliae nomine per here-

κατὰ δικάθουσιν αὐτοῦ εἰς τὸ ἀπλοῦν
 ἐν δικαστηρίῳ τῆς νερεδιτάτις πετι-
 τίονος, εἴτε ἐν ἀκεραίῳ φυλαχθῆναι
 αὐτὸν τὸν Ἀκουῖλιον, ὥς ὁ Παῦλος
 ἐν τῷ λς' * διγέστω φησὶν

« ditatis petitionem sim-
 « plum tantum exigimus,
 « electionem habituro peti-
 « tore, utrum uelit eum,
 « qui damnum dedit, in
 « iudicio petitionis here-
 « ditatis in simplum conue-
 « nire, an integram sibi
 « seruari legis Aquiliae
 « actionem, ut Paulus ait
 « dig. 36.

Le scoliaste a certainement perdu de vue que, selon les *Inst.* 4.6.19, l'action de la loi Aquilia même au simple est encore mixte (voilà pour nous la seule innovation de Justinien). Il assimile—comme le faisaient les classiques—le *simplum legis Aquiliae* au *simplum de l'hereditatis petitio*, en disant que c'est à bon droit que l'on exigera au titre de la loi Aquilia le simple par la pétition d'hérédité. Ce simple, c'est le *quantum plurimum in eo anno* ou *in diebus XXX proximis*, car c'est d'après la proportion fixée par la loi Aquilia que le juge fera l'estimation dans la pétition d'hérédité. Une autre scolie le précise encore plus nettement :

ἡ δὲ νερεδιτάτις πετιτίων ἀντὶ αὐ-
 τοῦ τοῦ Ἀκουῖλίου κινήσεισα, τὸ
 ἀπλοῦν ἀπήτησε, καὶ οὐ φυλάττεται
 ἀκεραῖος οὕτως ὁ Ἀκουῖλιος ἐπὶ τῇ
 ἐξ ἀρνήσεως διπλώσει * ἐπειδὴ δὲ κα-
 τὰ φύσιν τῆς νερεδιτάτις πετι-
 τίονος ᾗτοι τὸ ἀπλοῦν ἐκ τοῦ Ἀκουῖ-
 λιοῦ διὰ τῆς αὐτῆς νερεδιτάτις πετι-
 τίονος ἀπήτησεν ὁ πετίτωρ, ὁφείλει

Scolie 3, *Dig.* 5.3.36.2
 (42.1.36, *Heimb.* 4, p. 226)

« ... hereditatis autem
 « petitio in locum actionis
 « legis Aquiliae instituta
 « simplum exegit, et in-
 « tegra non seruatur actio
 « legis Aquiliae ad perse-
 « cutionem dupli, quod ex
 « infitiatione uenit. Quo-
 « niam autem secundum
 « naturam petitionis here-
 « ditatis, id est, simplum
 « ex lege Aquilia per ean-

ἀρκεῖσθαι * καὶ μάλιστα ἐπιλογῆς
οὔσης παρ' αὐτῷ, εἴ γε βούλεται, μή-
τε τὸ ἀπλοῦν εἰς τὴν νερεδιτάτις πε-
τιτοῖνα κατενεχθῆναι, φυλαχθῆναι
δὲ αὐτῷ τὸν Ἀκουῖλιον ἐν ἀκεραίῳ.

« *dem hereditatispetitionem*
« *petitor petiit*, contentus
« *esse debet* : maxime cum
« *in potestate eius sit*, sim-
« *plum in hereditatis peti-*
« *tionem non deferre*, et
« *integram sibi seruare*
« *actionem legis Aquiliae*¹.

Les *Basiliques* affirment donc que le *simpulum legis Aquiliae* a été lui-même transporté dans la pétition d'hérédité : c'est lui que la pétition fait obtenir. Il y aurait donc identité d'objet, de but entre l'action pénale au simple — que serait selon M. Levy l'*a. leg. Aq.* — et l'action civile qu'est la pétition d'hérédité. Cela n'est pas possible : pour le concevoir, il faut nécessairement admettre que l'action au simple de la loi Aquilia n'était qu'une action réipersécutoire comme l'était la *petitio* elle-même².

Une autre preuve nous est donnée par :

Φιλάνθρωπος γὰρ οὖσα καὶ τῶν
βόνα φίλε ἀγωγῶν ἡ νερεδιτάτις πε-
τιτῶν οὐκ ἀνέχεται τῆς εἰς τὸ δι-
πλάσιον καταδίκης· ἐπειτοίγε εἰ δ' ἂν
τῇ ἰδικῇ ἐνήχθη ἀγωγῇ, ἐξ ἀρνή-

Scolie 5, *Dig.* 5.3.20 § 4
et 5 (42.1.20, *Heimb.* 4,
p. 207).

« Cum enim hereditatis
« *petitio humanior sit et*

1. Cf. D. 6.1 *de rei vind.* 13 et 14 où la règle est la même pour le dommage causé à la chose revendiquée par le possesseur intérimaire : « Unde quaeritur, an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. Et Labeo putat cauere petitorem oportere lege Aquilia non acturum. » Ainsi, la consommation prétorienne ou judiciaire de l'*actio legis Aquiliae* par la *rei vindicatio*, remonte jusqu'à Labéon. Voy. l'étude de ces textes dans Rudorff, *op. cit.*, p. 397, qui remarque que toute distinction entre l'aveu et la négation, donc le régime lui-même de la *litiscroissance*, disparaissent, lorsque la demande d'indemnité est mise en œuvre par une action autre que l'action de la loi Aquilia.

2. M. Lévy, *Konk.* 2, p. 14, n. 3 a résolu la difficulté que ce texte présentait pour sa thèse, en disant que les Byzantins ne distinguaient pas ici entre l'indemnisation du dommage et la peine, mais entre le simple et le double résultant de l'*infictio* (*incrementum*), distinction identique à celle du fr. 20 § 4 D. 5.3, dans lequel la question que posait Ulpien a été reconnue interpolée. Nous dénisons toute force à cet argument qui ne résoud aucunement la question.

σέως ἡμελλεν εἰς τὸ διπλάσιον καταδικάζεσθαι· καὶ δοκεῖ καὶ νῦν ἀρνεῖσθαι τὸ ὅλως ἀναμεῖναι καὶ ὑποδέξασθαι τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα· κληρονόμον γὰρ αὐτὸν εἶναι φήσας ἡρνήσατο τρόπον τινὰ τὸ ἐποφείλειν τι ἐκ τοῦ Ἀκουίλου· καὶ ὁμως τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος κατὰ φύσιν βόνα φίδε, καθάπερ εἶπον, τυγχανούσης, οὐκ ἀπαιτεῖται τὸ διπλάσιον.

« bonae fidei actio, non
 « admittit condemnatio-
 « nem in duplum. Alioquin
 « si speciali conueniretur,
 « ex infitiatione condem-
 « naretur in duplum : et
 « uidetur etiam nunc infi-
 « liari, quod expectet et
 « suscipiat iudicium here-
 « ditatis petitionis. Nam
 « cum heredem se esse dix-
 « erit, negauit quodammodo,
 « se aliquid debere ex lege
 « Aquilia : et tamen cum
 « hereditatis petitio sua
 « natura bonae fidei sit,
 « ut dixi, duplum non
 « exigitur¹. »

Nous passerons, sans nous y arrêter sur la nature de bonne foi, reconnue par ce texte à la pétition d'hérédité². L'adjectif *humanior* seul nous importe, car il permet de marquer la différence existant entre les deux actions : il indique que la pétition d'hérédité était pure de tout mé-

1. La phrase « quod expectet et suscipiat iudicium » nous permet de fixer une fois pour toutes, les rapports de la *litis contestatio* et de l'*infinitio*. C'est au moment où le défendeur accepte la formule que l'*infinitio* est réputée accomplie, dans la procédure formulaire. Le *suscipiat iudicium* est une réminiscence de cette époque. Nous le retrouvons dans le *post susceptum iudicium* de D. 5.3.20 § 5 où il n'est pas interpolé et doit être rapporté à Julien. Si on le rapproche de *etiam nunc*, on doit y trouver une idée de continuité, de conservation. Mais le *expectet-iudicium* qui se rapporte à *speciali actione conueniretur*, est révélateur du déplacement déjà signalé (cf. p. 116 ci-dessus) de l'*infinitio* à l'époque postclassique. Cela explique pourquoi dans le legs aux lieux vénérables, sous Justinien, l'*infinitio* est rattachée au simple retard apporté, par le défendeur dans la prestation due, jusqu'à la citation en justice dont dépendent certains effets de la *litis contestatio*. Les compilateurs ont gardé la notion de l'*infinitio* — *litis contestatio* et les changements considérables introduits par eux dans les deux institutions ont suivi une évolution parallèle. Il n'y a eu qu'une seule modification : celle de la notion de la *litis contestatio* complètement bouleversée par la disparition de la procédure formulaire.

2. *Inst. Just.*, 4.6 de act. 28, C. 3.31, de p. h. 12.3. Cf. Girard, *Man.*, p. 962, n. 1.

lange pénal qu'aurait introduit en elle le *duplum* sanction de l'*infinitio* dans l'*actio legis Aquiliae*. Mais si le *simplum legis Aquiliae* pouvait être compris dans la *petitio*, c'est évidemment qu'il n'était, contrairement à ce qu'ont écrit les commissaires des *Institutes*, qu'une *res* : cette action était purement réipersécutoire et c'est là une vérité de l'époque classique que le scoliaste a trouvé chez Julien, dont il rapporte un peu plus haut l'opinion (*sc. 5* : et ait Iulianus, reum in hereditatis petitione simplum Aquiliae nomine soluturum), vérité altérée par les compilateurs puisqu'ils ont fait de cette action au simple une action mixte.

On nous reprochera peut-être de tirer argument d'un texte byzantin. Nous acceptons provisoirement ce reproche, car l'examen du second paragraphe (D. 5.3.20, § 5) va nous permettre de compléter le faisceau de nos démonstrations. Il est certain en effet que le même transport des règles elles-mêmes de l'*actio iudicali*, autre action croissant au double *aduersus infitiantem*, dans la pétition d'hérédité, a eu lieu dès l'époque classique Julien, chez Ulpien, nous l'apprend.

La faculté d'abandon noxal, dont il est question au § 5, ne peut plus être reconnue *officio iudicis* au *possessor condemnatus*. Les mots « suscepit autem per petitionem hereditatis » peuvent bien être une corruption ou une interpolation, comme le veut M. Wenger¹ : la solution ne change pas. Il n'est pas contestable que le *post susceptum iudicium* soit une allusion très nette à la phase de la procédure postérieure à la *litis contestatio*² de la procédure formulaire. Jusqu'à la *litis contestatio*, le *iudicatus* reste libre de se libérer par l'abandon noxal du coupable. Il en est de même du *possessor condemnatus* : la *noxae deditio* lui est fermée *post rem contestatam*.

1. Cf. ci-dessus, p. 307, n. 3.

2. Sur le changement de sens des mots *iudicium acceptum*, *acceptatio iudicii* dans le droit de Justinien, cf. Collinet, *op. cit.*, p. 234 : « le *iudicium acceptum* correspond à la réception de l'action lors de l'*editio actionis* extrajudiciaire. » Sur l'expression *suscipere iudicium*, cf. Wlassack, *Litis Contestatio*, IV.

C'est avec raison que M. Wenger voit ici la preuve que l'action *iudicati in simplum* se présente sous les traits de la *petitio hereditatis* à laquelle elle est assimilée, sous le rapport de l'effet libératoire de la *noxae deditio*¹. Le même phénomène juridique, remarqué plus haut pour l'*actio legis Aquiliae*, se produit donc en droit classique pour l'*actio iudicati*. Nous pouvons dire que le contenu de l'*actio iudicati in simplum*, qu'aurait pu exercer le défunt, est en quelque sorte transfusé dans la *petitio hereditatis*.

On est conduit à admettre en même temps que la *petitio hereditatis* était en droit classique impuissante à faire obtenir le double à l'encontre du *possessor condemnatus* qui se prétendait héritier. Par contre le *simplum* de l'*a. iudicati* comme le *simplum* de l'*a. leg. Aq.* se confondait avec l'objet de la *petitio hereditatis*.

*
* *

Nos conclusions peuvent tenir en peu de mots : il est, pour nous, sans importance de rechercher si l'expression *actio mixta* est une invention des compilateurs. Nous nous déclarons tout disposé à l'admettre. Mais il ne résulte nullement de l'interpolation des textes où ce qualificatif a pu être appliqué aux actions par lesquelles on poursuivait à la fois la *res* et la *poena*, que celles-ci ne formaient pas déjà, dans le droit classique, une action dont la nature était reconnue distincte de celles qui ne tendaient qu'à la *res* ou qu'à la *poena*. Le méconnaître, c'est se refuser à lire Gaius 4,6.9. Après tout ce que l'on a écrit sur ce sujet, il convient d'en revenir à une solution de pur bon sens qui est la première qui se présente à l'esprit à la lecture de Gaius 4.9 : le simple correspond à la *res*, le double à la *res* et à la *poena*. Les doctrines de MM. Pernice et E. Levy pèchent par une exagération en sens contraire l'une de l'autre. Pour

1. Wenger, *op. cit.*, p. 66 : « Bezüglich der liberirenden Wirkung der noxae datio aber steht die als hereditatis petitio auftretende Iudicatsklage der einfachen actio iudicati gleich, »

le premier, l'action *ex lege Aquilia* est toujours une pure action en indemnité, le double lui-même n'est pas un supplément pénal, mais une modalité de l'estimation, provenant de la peine de procédure méritée par la négation téméraire. Pour le second, l'action, même au simple, est toujours pénale, sauf reconnaissance plus ou moins nette, déjà dans le droit de l'extrême fin de la période classique, de la fonction réipersécutoire de la *poena*, idée peu romaine, à raison même de sa nature abstraite. La vérité est ennemie des théories compliquées. En réalité, dès le vote de la loi *Aquilia*, le caractère réipersécutoire de l'action au simple était déjà au moins virtuellement reconnu : il existait en germe dans la distinction de l'action au simple et de l'action au double; il n'a fait que se développer par la suite; la noxalité, l'intransmissibilité passive, le cumul de l'*a. leg. Aq.* dans le cas de pluralité de délinquants sont les témoins et les survivances du passé; ils survivent dans l'*a. leg. Aq. in simplum* sans pouvoir être rattachés à sa nature pénale. Car il est arrivé un jour où une analyse plus aiguë, plus sûre, a, pour cette action comme pour bien d'autres, écarté la notion pénale sur laquelle beaucoup d'actions privées ont commencé par être instituées; l'élément pénal ancien a survécu dans le *duplum* ; et ce jour a lui, beaucoup plus tôt qu'on ne le croit à l'ordinaire : dans les clartés de l'esprit classique.

QUATRIEME PARTIE

CONCLUSIONS

Il nous est permis de nous élever désormais au-dessus de l'amas de textes et d'idées des chapitres précédents, où l'on puisera les justifications de nos solutions finales, et d'essayer de tracer le dessin historique de l'institution appelée par nous *liliscroissance*, en lui prêtant par ce nom un caractère d'unité et de cohésion qu'elle n'a jamais eu.

Il est banal de répéter que les Romains n'ont point excellé dans l'art de la synthèse. Ici encore, ils ne sont pas partis d'une idée générale. Ils n'ont pas tracé par avance le plan de cette construction juridique aux lignes pures, sortie du cerveau fécond de Huschke, qui séduisit à sa suite tant de romanistes élevés à l'école du dogmatisme d'antan. Le « principe de la *liliscroissance*¹ » n'est qu'un leurre. La force mystérieuse de la formule *damnas esto* où l'on crut trouver l'élément d'unité recherché, l'obscur *damnatio* dont on fit une entité juridique, alors qu'elle n'était qu'un mot, sont nées du besoin outrancier de construire une parfaite doctrine.

Plus simples et plus complexes à la fois sont les faits.

Plus simples : il ne faut voir dans l'expression *damnas esto* qu'une disposition ordinaire d'une loi pénale² ou pri-

1. Voy. notre introduction.

2. Caton le Censeur de l'an 587 expose, chez Aulu-Gelle, *Noctes Atticae*, VI (al. VII), 3, 37 et sq., quelles étaient les trois formes principales dans lesquelles les lois pénales se prononçaient. Il se demande ce que l'on peut reprocher aux Rhodiens. Est-ce *hostes uoluisse fieri*? La simple volonté n'est pas punissable et il s'écrie, à ce sujet : *Quid nunc ? Ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat : si quis illud facere uoluerit, mille minus dimidium familiae multa esto ; si quis plus D iugera habere uoluerit, tanta poena*

vée¹. *Eslo* est un impératif futur². La *damnatio* dont il est question dans ces *leges* n'y est pas actuelle : elle est future. Ce n'est pas la loi qui la prononce : elle ordonne au juge de le faire. Telle est l'idée essentielle et simple à laquelle nous arrivons³. Non seulement en effet nous n'avons qu'un seul exemple direct et sans signification d'une loi contenant la formule *damnas esto* et faisant mention par ailleurs d'une *manus iniectio*⁴, mais encore l'on rencontre très fréquemment un fait bien différent dans les textes épigraphiques et autres. La *lex Iulia municipalis*⁵, la *lex Mamilia*⁶, la *lex Malacilana*⁷ après avoir prononcé la prétendue formule fa-

esto ; si quis maiorem pecuniam numerum habere uoluerit, *tantum damnas esto* ? » Bruns, dans *Kleinere Schriften*, I, 1882, p. 315 et p. 330 cite et étudie ce texte. Les raisons elles-mêmes qu'il expose, p. 330, ne nous permettent pas d'y voir une allusion certaine, même à demi-mots, à la *lex Licinia de modo agrorum*.

1. Telle est, nous l'avons vu, l'origine de la *damnatio* contenue dans le legs qui porte son nom.

2. Cf. Ernout et Meillet, v° *damnās*, p. 242 *damnās esto* : qu'il soit condamné à, »

3. Cette idée supprime toute difficulté. Gaius, 4, 21 *siue damnatus* s'explique, comme le fait Wlassack, *ZS.* 25 (1904), p. 181, par l'idée que le juge qui est chargé de l'estimation prononce une *damnatio* laquelle est exécutoire par elle-même sans avoir à emprunter sa force au *iudicatum précédent*. Remarquons aussi que *damnare* que Wlassack traduit avec raison par *schuldig erklären* — reconnaître obligé, s'entend aussi bien, selon cet auteur, de l'acte de l'arbitre qui procède à l'estimation que de celui du juge qui prononce une condamnation à une *res ipsa* (Gaius, 4, 48). C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'assimilation un peu osée (voy. ci-dessus, p. 138 et s.) de l'héritier *damnatus* au *iudicatus*, faite par Gaius, 3, 175. De même que le *iudicatus* est un condamné — entendons par là que la sentence met une obligation à sa charge — de même le *damnatus* est lui aussi obligé à *dare*, mais cela ne veut pas dire que la procédure d'exécution ait été possible contre ce *damnatus* : elle ne pouvait l'être au moins que dans les cas où elle l'eût été contre le *iudicatus* lui-même. Or, contre ce dernier, elle était impossible sans procédure d'estimation préalable. Il en était donc ainsi contre le *damnatus*. Après la procédure d'estimation, la *manus iniectio* résultait alors de la force exécutoire de la déclaration du juge de l'estimation et non de la loi elle-même. Voy. sur ce dernier point Wlassack, *ibid.*

4. *Lex coloniae Genetivae Iuliae*, c. LXI ¹ « Si quis in eo uim faciet, ast eius uincitur, dupli damnas esto colonis (que) eius colon(iae) HS cclxx cclxx d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae cui uolet petitio... » La loi distingue ici entre la *manus iniectio iudicati* et l'action populaire donnée *cui uolet* en paiement des 20.000 sesterces. La formule *damnas esto* est employée indifféremment au sujet de l'obligation du *uindex* au double et à celui de la *petitio*. Elle ne fonde contre le *uindex* ni dans le premier cas ni dans le second une *manus iniectio*.

5. Voir Bruns, *Fontes*, I, p. 103, *lin.* 19, 97, 107, 125, 141.

6. *Cap.*, 4. V. *cap.* 5 aussi, Bruns, I, p. 96.

7. *Cap.* LVIII, LXII, LXVII, Bruns, I, p. 151, 153, 156.

tidique *damnas esto* précisent, la première : *petitio esto*, la seconde *actio petitio esto*, la troisième enfin : *actio petitio persecutio esto*, sans jamais faire la moindre allusion à une *manus iniectio* quelconque. Il appartient, il est vrai, aux partisans acharnés de la force exécutoire de la *damnatio* de prétendre que celle-ci a perdu à une certaine époque antérieure à la fin de la République, date approximative de toutes ces lois, le mystérieux effet qu'ils lui reconnaissent. Mais c'est là une hypothèse qu'il faut démontrer et cela nous paraît difficile : en effet la *lex coloniae Genetivae Iuliae* atteste qu'en 710 de Rome la *manus iniectio iudicali* est encore en vigueur. Or, la *lex Mamilia* (695), la *lex Iulia Municipalis* (709) sont antérieures à la loi de la colonie Julia¹. Il eût été certes assez naturel de rapporter la débilitation de la *damnatio*, alléguée par Girard, à la phase du passage définitif du régime des Actions de la loi à celui de la procédure formulaire. Mais s'il convient — comme nous venons de le voir — de la reporter plus haut dans le passé, alors on ne comprend plus ni pourquoi, ni comment ce phénomène a pu se produire. La loi Vallia aurait-elle eu un tel résultat, ainsi que semble le penser Rudorff; Mais elle n'a pas supprimé les *manus iniectioes* anciennes : elle les a toutes, sauf deux, rendues *purae*. Et si l'on admet avec Rudorff et Girard eux-mêmes que l'action de la loi Aquilia était intentée par *manus iniectio pura*, après cette loi, on reconnaît par là implicitement que la force exécutoire de la *damnatio*, bien qu'amoindrie, a survécu à la loi Vallia, surtout si, comme le fait le second de ces auteurs, on pense que le défendeur à la *manus iniectio pura* continuait, par une assimilation ancienne de la *manus iniectio pro iudicato* avec la *manus iniectio iudicali*, à être tenu du double s'il succombait.

Plus complexes : aucun des systèmes proposés ne suffit à expliquer le phénomène de la *litiscroissance* dans tous les cas où il se produisait, celui de Sell, pour les raisons déjà in-

1. « Contrairement à l'opinion assez communément reçue, écrit M. Paul Thomas, dans la *R. H. D.*, 1931, p. 234, le dépouillement des textes épigraphiques permet, en effet, d'établir que la sanction de la *damnatio*, à l'époque où les *legis actiones* sont encore en vigueur, n'était pas nécessairement la *manus iniectio*.

diquées¹, celui de Huschke, fondé sur le *certum*, parce qu'il n'existait pas un *certum* dans toutes nos actions (telle par exemple l'action de la loi Aquilia), celle de Rudorff et des autres enfin pour les nombreux griefs exposés.

L'histoire de l'action qui croissait au double *aduersus infilientem* s'est développée à nos yeux entre deux points extrêmes et similaires : l'un où elle n'est pas encore, où elle est dans tous les cas une simple action au double (*actio iudicati*, *actio depensi*, *actio du legs per damnationem d'un certum*, *actio depositi* des Douze Tables) l'autre où elle a déjà cessé d'exister pour redevenir, selon la tendance du droit postclassique à la confusion remarquée, toujours au double. Au centre de ce développement, il nous faut placer l'heure historique de l'adage *lis infitiando crescit in duplum* : elle correspond à celle du droit classique, elle est celle de la plus grande clarté de l'esprit juridique. Curieuse évolution, accomplie en quelque sorte dans un cycle fermé et dont la courbe remonte, après s'être écartée, vers le point de départ, elle marque, pour nous, l'un des retours fréquents des institutions humaines.

Pour livrer toute notre pensée, nous voudrions distinguer ce que nous sommes tenté d'appeler le régime véritable de la *liliscroissance* et la fausse action à *liliscroissance*.

A l'époque des Douze Tables, la notion de l'*infiliatio* qui entraîne une condamnation au double, nous est rapportée par le texte du *de Officiis* sur lequel nous avons eu si souvent à revenir. Elle n'a pour sanction l'action au double que lorsqu'elle se rattache à l'acte *per aes et libram*, c'est-à-dire lorsqu'elle constitue la violation d'une *lex Mancipii* : ainsi l'action du *legalum certum per damnationem relictum*, l'action du dépôt.

A côté d'elle existe la *manus iniectio iudicati* et l'action qui lui fait suite, au double contre le *uindex*. C'est là une institution indépendante, sur laquelle bien des suppositions, bien des hypothèses seraient possibles : nous n'en ferons aucune.

1. Voy. notre introduction.

Puis, apparaît la *manus iniectio depensi*, sœur jumelle de la première.

Elles demeureront toutes deux en vigueur jusqu'à la procédure formulaire. La loi Vallia ne les touchera pas. Elles resteront jusqu'à la fin du régime de la procédure des Actions de la loi ce qu'elles étaient, donnant toujours naissance à des actions au double contre le *uindex*.

Or, avant la loi Aebutia — il y a unanimité sur ce point — la loi Aquilia sera votée. Ainsi, alors que les *manus iniectioes iudicati et depensi* ne donneront encore naissance qu'à une action au double contre le *uindex*, pour la première fois apparaîtra la dualité de l'action au simple, dans le cas de *confesio*, et de l'action au double *aduersus infiliantem*. Alors naîtra le régime véritable de la *lilis crois-sance*.

Loi exceptionnelle, inspirée par des considérations d'ordre politique et surtout social, la loi Aquilia instituera une procédure nouvelle, spéciale aux diverses hypothèses qu'elle est destinée à régir. Mais par un phénomène de contamination juridique fréquent, cette procédure sera étendue à des cas voisins, là où se fera sentir la nécessité d'une condamnation au simple au moins dans certaines hypothèses. La disparition des Actions de la loi, la plus grande souplesse du mécanisme procédural, la liberté reconnue au magistrat permettent alors à l'action au simple de s'introduire et de prendre place à côté de l'ancienne action au double. L'imitation de la procédure organisée par la loi Aquilia est ici tellement visible, que la tradition conserve une vérité qu'elle exagère simplement, en rapportant à la loi Aquilia, à ses dispositions expresses, l'ensemble du système. Ne rejetons donc pas ses renseignements, ne faisons jamais trop bon marché des sources, mais tentons de les comprendre.

Dans le droit classique, l'énumération de Gaius 4.9. est rigoureusement exacte. Les actions croissant au double *aduersus infiliantem* sont au nombre de quatre : *actio iudicati*, *actio depensi*, *actio legis Aquiliae* et *actio legati certi per damnationem relictæ*.

Dans celui de la fin du III^e siècle ou du début du IV^e, la liste des *Sententiae* est encore vraie : l'*actio de modo agri*

que seule avait exclue jusque là du système de la *litis-croissance* l'impossibilité d'y trouver une condamnation au simple y fait son entrée, parce que les barrières sont tombées ou menacent de tomber entre l'action au double *ab initio* et l'*actio quae crescebat in duplum*. Elles tombent tout à fait devant l'action du dépôt nécessaire, l'*actio auctoritalis* et l'*actio redhibitoria*.

Mais, en même temps, le nombre des actions — qui grandit d'un côté — diminue de l'autre. Sous Justinien, deux des anciennes actions survivent : l'action de la loi Aquilia et celle du dépôt nécessaire — encore cette dernière n'est-elle pas une véritable action à *litis-croissance* d'autrefois ; une troisième enfin succède à l'ancienne action du *legatum certum per damnationem relictum* : celle du legs aux lieux pieux. Puis, à côté de ces actions, d'autres sont créées dans la novelle 18,8, imitations pâles et comme lointaines de l'ancienne institution, mais rigoureusement vraies, puisque nous y retrouvons le même doublement de la condamnation à raison de la même *infiliatio*.

Nous pouvons préciser désormais : la fausse action à *litis-croissance* est celle des débuts et des tendances de la fin de l'évolution retracée : elle est l'action *toujours au double*, qu'il faut se garder de confondre avec *celle qui croît seulement au double* contre l'*infilians* et suppose une unité de base ; l'action véritable à *litis-croissance* est celle où nous avons rencontré la dualité affirmée de l'action au simple et de l'action au double du fait de la négation du défendeur.

Dans le droit de la dernière époque, la fausse action à *litis-croissance* tend à l'emporter. La structure gravement modifiée de la nouvelle procédure, en rattachant l'*infiliatio* à l'*editio actionis*, tend à ne plus laisser apparaître, dès lors qu'il y a contestation sur le principe du litige, qu'une action au double dès le début. Au fond, pour l'action de la loi Aquilia, il n'y a là qu'une apparence, car l'action au simple demeure. Mais c'est l'unique cas ancien qui subsiste : celui, nous le savons, qui constitue l'élément fondamental du système et en est resté le centre de résistance. Il est impossible de concevoir, même d'un point de vue purement théorique, une

action au simple donnée dans l'hypothèse d'un legs aux lieux pieux. Le seul fait que l'héritier aura attendu la première demande de l'évêque pour payer le legs suffit pour qu'il soit tenu au double, si bien que l'on ne trouve jamais plus, en pareille circonstance, une action au simple d'abord, croissant au double ensuite. Il en a toujours été de même de l'action de dépôt nécessaire. Tels sont les types les plus nets de la fausse action à *litiscroissance* : elle tend, dans le droit de la dernière période, à reprendre la place ancienne qu'elle a perdue dès l'aube de l'époque classique.

Longtemps avant, la loi Aquilia, grande ombre qui plane encore au-dessus du droit romain, a formé le centre d'attraction juridique auquel, dès la procédure formulaire, sont venus s'attacher les trois autres actions nommées par Gaius. Le défendeur à l'*actio indicati*, à l'*actio depensi*, appelé désormais à se défendre lui-même, a pu faire une *infiliatio* véritable. Une théorie de l'*infiliatio* a été construite alors. Les notions dégagées ont nécessairement eu leur répercussion sur l'action du legs par *damnationem* d'un *certum* et ont sensiblement modifié l'ancien concept de l'*infiliatio* de la loi des Douze Tables qui s'y rencontrait. A l'archaïque *infiliat ire*, dont Gaius 4.172, nous transmet encore l'antique notion de pure procédure, qui n'a d'autre signification que « négation », va succéder une théorie plus précise : celle d'une *infiliatio* au sens étroit, ayant pour conséquence d'entraîner une peine du double dans certains cas seulement, alors que l'*infiliatio* au sens large n'a pas cet effet, en règle générale, partout où elle n'est qu'une simple notion de procédure¹.

Nous voudrions pour en finir, essayer de dégager cette théorie classique.



Aucun des auteurs, dont nous avons exposé les opinions n'a recherché si les mots *infiliari*, *infiliatio*, ont pu ne pas

1. Il est impossible, pour tout expliquer, de soutenir, comme le font de vieux auteurs, Mainz par exemple, que c'est la nature de l'action qui explique la condamnation au double.

toujours correspondre exactement au contraire de *confiteri*, *confessio*. Selon eux, l'institution est demeurée ce qu'elle était anciennement : d'ordre purement procédural. La peine de l'*infiliatio* n'est qu'une pure peine de procédure.

Il est cependant certain que l'*infiliatio* dans le droit classique naissant, où elle a pour conséquence, à l'imitation du système déjà ancien inauguré par la loi Aquilia, de faire croître nos actions au double, n'est pas seulement une négation judiciaire. Si elle n'était que cela, la peine du double qu'elle entraîne ne pourrait pas être comprise. On devrait se demander, en effet, pourquoi ce n'est que dans les actions énumérées par Gaius, qu'elle a ce résultat. Les peines du plaideur téméraire sont de diverses sortes. Jamais pourtant elles ne vont jusqu'à un multiple de l'objet de la demande : elles oscillent entre le dixième et la moitié de celui-ci.

Les sources juridiques et littéraires, surtout ces dernières, nous offrent une intéressante conception de l'*infiliatio*, notion assez ancienne, mais de formation secondaire, de fond enfin et non pas seulement de forme et de procédure.

Festus, en premier lieu, nous donne deux définitions :

« *Infiteri*, non *fateri*¹ »

« *Infitiari*, *creditum fraudare*² ».

Une telle assertion est surprenante. Quelle est la *fraus*, dont il est question ici ? Pourquoi parler du *creditum* ? De suite, la définition de Festus dépasse le domaine de la simple négation judiciaire.

L'étonnement diminue, à la lecture des textes de la même époque qui, tous, révèlent très nettement la même idée de fraude dans le concept de l'*infiliatio*.

Dénombrant ces hommes perdus de dettes et de crimes qui forment la troupe de Catilina, Cicéron³ comprend dans la quatrième espèce qu'il distingue au sein de cet amas hétéroclite de misérables, ceux dont il dit :

1. Mull., p. 112. *Infiteri* est le verbe anciennement usité pour *infitiari*. La première définition de Festus se rapporte au sens ancien : « nier ». La seconde souligne le sens nouveau de fraude que nous allons dégager.

2. Bruns, 2, p. 11.

3. Catil., 2. 21.

« Hosce ego non tam milites acris quam infitiores
« lentos esse arbitror. »

Dans le *Pro Flacco*, il s'écrie :

« Nolite existumare, iudices, non unam et eandem
« omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum im-
« pudentiam¹. »

Plaidant, pour A. Cluentius, il doit disculper son client d'un fait infamant rapporté par l'un des témoins :

« Floro legatum ex testamento infitiatum esse. Non
« est ita ; sed cum HS. XXX scripta essent pro HS CCC
« neque ei cautum satis uideretur, uoluit eum aliquid
« acceptum referre liberalitati suae. Primo debere
« negauit, post sine controuersia soluit². »

Il dit dans le *Pro Quinctio*³ :

« Uadimonium mihi deseruit, me fraudauit, a me no-
« minis eius, quod infitiatum esset, diem petiuit. »

Sénèque précise davantage, en traitant, à maintes reprises, de l'*infiliatio* :

« Comparari autem potest utriusque uita, cum alter
« tristis sit et sollicitus, qualis esse *infiliator ac fraudu-*
« *lentus* solet, apud quem non parentium, qui debet,
« honor est, non educatoris, non preceptorum, alter
« laetus, hilaris, occasionem referendae gratiae ex-
« pectans et ex hoc ipso adfectu gaudium grande
« percipiens nec quaerens, quomodo dequoquat, sed que-
« madmodum plenius uberiusque respondeat non solum
« parentibus amicis, sed humilioribus quoque per-
« sonis⁴. »

« Sunt quidam, qui nolint nisi secreto accipere ; tes-
« tem beneficii et conscium uitant ; quos scias licet
« male cogitare. Quomodo danti in tantum produ-
« cenda notitia est muneris sui, in quantum delecta-
« tura est cui datur, ita accipienti adhibenda contio est ;

1. *Pr. Placc.*, 48.

2. *iPr. Cluent.*, 59. 162.

3. *Pr. Quinct.*, 75.

4. *De benef.* 3.17.4.

« quod pudet debere, ne acciperes. Quidam furtive
 « gratias agunt et in angulo et ad aurem ; non est ista
 « uerecundia, *sed infitiandi genus*; ingratus est, qui
 « remotis arbitris agit gratias. Quidam nolunt nomina
 « secum fieri nec interponi pararios nec signatores aduo-
 « cari, chirographum dare; idem faciunt, qui dant ope-
 « ram, ut beneficium in ipsos collatum quam ignotissi-
 « mum sit¹. »

L'*infitiandi genus* est représenté comme le fait d'écarter tout témoin et d'empêcher le créancier de se ménager une preuve de sa créance. Ce n'est pas la dénégation toute nue de la dette, mais quelque chose de plus, une négation frauduleuse, qualifiée. L'allusion aux *pararii*² est très significative. La notion de l'*infitiatio* s'éclaire à la lecture de ces textes : elle est celle de la fraude consistant à dissimuler la dette, à l'escamoter en la faisant disparaître aux yeux de tous (*creditum fraudare*).

Cette idée est nettement exprimée dans le *de ira*³. L'indignation du philosophe grandit jusqu'au délire (*non irascendum illi, sed insaniendum est*) devant les spectacles du

1. *De benef.* 2.23.1 et 2. Les mentions relatives à l'*infitiatio*, dans le *de beneficiis*, sont assez nombreuses. Cf. 3.13.1 : « Tardiores, inquit, ad beneficia danda facimus non uindicando data nec infitiatores eorum adficiendo poena. » — 6.23.8 : « Quanta autem peruersitas, ob hoc alicui non debere, quia etiam infitianti benignus est... » 27.3 : « Si infitiareris, quod acceperas, minus pecares... » — 35.5 : « I nunc, et hoc esse grati puta, quod ne ingratus quidem faceret, qui modo non usque un odium, sed tantum ad infitiationem beneficii perueniret. » — 7.16.2 : « praecludendae sunt excusationes ingratis, ad quas refugere possint et sub quibus infitiationem suam tegere. »

2. *Comp., de benef.*, 3.15.1 : « Utinam nulla stipulatio emptorem uenditori obligaret nec pacta conuentaque inpressis signis custodirentur fides potius illa seruaret et aecum colens animus ! Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulae plurium nomina, interpositis parariis, facit: ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. O turpem humani generis et fraudis ac nequitiae publicae confessionem ! anulis nostris plus quam animis creditur ! » L'institution des *pararii* ne présentait donc pas seulement que l'avantage de diminuer le risque du créancier, en le divisant (cf. Havet, *Woelffl. Archiv.*, X, 1898, p. 525), mais aussi celui de faciliter la preuve de la créance. La fraude qu'est l'*infitiatio* est tout le contraire de la bonne foi. Les instruments de preuve sont nécessaires pour contraindre la bonne foi (*cogere fidem*). Là est l'aveu honteux de la fraude — laquelle consiste à *infitiari* — si répandue dans tout le genre humain.

3. *De ira*, 9.4, voyez notre chapitre sur la loi Aquilia.

nombre infini des crimes qu'il énumère : *circumscriptiones, furta, fraudes, infiltationes*.

L'*infiltatio*, comme la fraude, comme le vol — trois notions voisines l'une de l'autre — n'a-t-elle pas pour résultat de faire disparaître, nous venons de le voir, la créance et de dépouiller le créancier?

Comparons encore la saisissante expression de Prudence¹ : « *Fidei fraus infiltatrix* » à la définition de Cassiodore² : « *Fraus... dicitur quasi fracta fides.* »

Dira-t-on que le rapprochement de l'*infiltatio* et du vol — nous ne disons pas : cette assimilation — est d'ordre purement philosophique et étranger aux institutions juridiques³?

Mais il a été fait aussi par les jurisconsultes romains, au moins par Celse :

D. 47.2. de *furtis* 68 (67) (*Celsus libro duodecimo digestorum*) : « Infiltando depositum nemo facit furtum (nec « *enim furtum est ipsa infiltatio, licet prope furtum est*⁴... »

L'*infiltatio* n'est pas le vol. Nous rechercherons en quoi elle en diffère. Sénèque d'ailleurs ne fait que rapprocher ces deux notions et celles de la *circumscriptio* et de la *fraus*.

Nous avons peut-être mieux : Lenel a démontré⁵ que l'*actio iudicati* venait, dans l'album, de suite après le titre XLI

1. *Psych.*, v. 630.

2. Cf. Cassiod. in *Psalm.*, 77, 33.

3. Les quatre expressions : *circumscriptiones, furta, fraudes, infiltationes* employées par Sénèque paraissent toutes être des expressions techniques de la langue juridique. Cela est certain pour les trois dernières. Quant à la *circumscriptio*, voy. Debray, « Contribution à l'étude de la loi Plaetoria », dans *Mel. Girard*, 1912, I, pp. 270 et suiv. Il est également intéressant de remarquer que les termes dont se sert Sénèque, en maints endroits du *de beneficiis*, sont fréquemment empruntés à la technique juridique. Par exemple 3.14.2 « *nulla actio erit, nulla repetitio... nulla lex de integrum restituet* » 3.15.1 : « *nec pacta conuentaque custodirentur* ».

4. Lenel, *Paling.*, I. c., 144, n° 106, *Bas.*, 60., 12, 67, pr. Pour Ferrini *Diritto penale*, p. 260 les mots *licet prope furtum est* sont interpolés. Sur l'emploi de l'indicatif après *licet*, voy. Huvelin, *Furtum*, p. 375, n. 6. Cet auteur soutient que « *nec enim furtum est ipsa infiltatio* » doit être rangé parmi les glossèmes ou les interpolations explicatives. Voilà qui nous suffit. Ces mots, nous le savons par les textes qui précèdent, n'expriment pas une idée nouvelle.

5. Cf. Edit Perpét., 2, p. 141, *Edictum*³, p. 406 ; Edit perpét., 2, p. 183 et *Edictum*³, p. 443.

« Quae fraudationis causa gesta erunt. » Sa démonstration est fondée sur le fait que, dans le livre 66 de son commentaire *ad edictum*, Ulpien traitait à la fois de ces actes et de l'action *iudicali* sous la rubrique *de in duplum reuocanda* qui concerne expressément le type même de l'action à *litis*croissance, par conséquent est à rapporter au concept de l'*infiliatio*¹. La remarque finale du fragment 6 au Digeste 42.1. : « *Iudicali actio perpetua est et rei persecutionem continet : item heredi et in heredem competit* » est nettement caractéristique d'un commentaire sur l'action. Il est certain que, comme l'admet Lenel, Ulpien traitait à cette place de l'*infiliatio* (de *in duplum reuocanda*). Que l'on rapproche d'ailleurs le *et rei persecutionem continet* de Gaius 4.9. : « rem uero et poenam persequimur... » et l'on comprendra que le premier membre de la phrase citée ci-dessus contient déjà l'idée de l'*infiliatio*. En tout cas, il y mène tout droit. Comment le jurisconsulte, d'ailleurs, eut-il pu commenter l'*actio iudicali* sans parler de l'*infiliatio*?

Nous tenons le rapprochement de la notion de *fraus-infiliatio* rencontrée dans les textes ci-dessus et de la constatation de la proximité du titre *de sententia in duplum reuocanda* avec le titre : *Quae fraudationis causa gesta erunt* pour susceptible d'expliquer le renvoi de la formule de l'*actio iudicali* par le prêteur à l'extrême fin de la partie de l'édit relative à l'exécution. Il n'est pas suffisant en effet de sou-

1. *Edictum*³, p. 443 : « Dass die Formel der actio iudicati an dieser Stelle des Edikts proponiert war, dafür liefert, wie schon bemerkt (S. 406), fr. 6 (42.1) durch seine Inskription den vollen Beweis. » Cette constatation réfute Rudorff, *E. P.*, § 196. Voy. Lenel³, p. 404 et s. Cf. sur D. 42.1.6 § 1-3, Lenel, *Paling. Ulp.*, 1456. On comprend de suite pourquoi Ulpien traitait à cette place, de l'*a. iudicali*. Nulle part, une définition de l'*infiliatio* qui, malheureusement ne nous a pas été rapportée par les compilateurs, n'eût été plus judicieusement située. Dans son commentaire sur la loi Aquilia (1.18 *ad ed.*), Ulpien faisait certainement mention déjà de l'*a. aduersus infitiantem* (cf. Lenel, *Edictum*³, p. 199). Mais après avoir expliqué les termes du premier chapitre, il passait assez rapidement, semble-t-il, au commentaire des formules. On s'explique qu'il n'ait indiqué alors que le mécanisme de procédure, tout comme dans son livre 51, pour l'*actio ex testamento* (Lenel³, p. 367), et renvoyé au livre 66 la définition de l'*infiliatio*. Celle-ci devait, ainsi que Festus et tant d'autres auteurs l'attestent, tomber sous la notion de *credium fraudare* qui est précisément celle de la rubrique du Digeste « quae in fraudem creditorum facta sunt, » sous laquelle ont été placés la majorité des emprunts faits à ce livre.

tenir que la place de l'action paulienne devait tout naturellement se trouver dans cette partie tout comme celle de l'*actio iudicati*. Sans doute cette relation de voisinage s'explique-t-elle apparemment ainsi. Mais lorsque l'on y réfléchit, on est conduit à se demander pourquoi l'*actio iudicati* qui, dans l'ordre des choses, non seulement ne clôturait pas la procédure générale de l'exécution, mais encore avait pour résultat primordial d'y mettre obstacle, a été renvoyée à l'endroit que lui a assigné à juste raison Lenel. N'est-ce pas à raison des rapports dégagés entre la *fraus creditorum* et cette *infiliatio* — *infiliari, creditum fraudare* — par laquelle le débiteur tentait encore de frustrer son créancier du *certum esse* (pour employer le langage expressif de Huschke) de la créance ? Nous posons la question.

Ces constatations nous conduisent tout droit à la définition de l'*infiliator* :

Isidori Etymologiarum siue originum Libri XX (éd. Lindsay lib. X, 149) : « Infiliator, negator, quia « non fatetur, sed contra ueritatem mendacio niti-
« tur. »

Gloss. a Iuuenal, 13.23 (*Ducanges. v. inficiari*) : « Inficiantes — homines prauī ».

Gloss. gr. lat. (*Ducange. s. h. v. ἀρνώμων* — *perfidus*, « *fraudator, infiliator.* »

L'*infiliator* est toujours représenté par les textes comme étant celui qui cherche à échapper à une obligation légitime C'est, avant tout, l'*Ausflüchtmacher*, c'est-à-dire celui qui ergote, trouve une échappatoire, étant toujours prêt à faire valoir une exception quelconque pour s'affranchir des conséquences du devoir juridique qui pèse sur lui¹. Il tente de

1. Voy. George, *Lat. D. Wörterbuch*, v° *infiliator*. Ce mot est fréquemment traduit par : « mauvais payeur », « qui ne se presse pas de payer ». En ce sens, Freund et Theil. Voy. aussi les exactes définitions de Brissonius : « Inficiator, qui debitum inficiatur, qui debere se negat, nec bonam fidem agnoscit, sed frustratur, et tergiuersatur. » Cic., *De orat.* lib. I, cap. 37 : « ut si ille inficiator probasset iudici, ante petitam pecuniam, quam esset coepta debere »; Seneca, *De benef.* (cf. ci-dessus); Quintil, lib. VII, cap. 2 : « an petito rem calumniari, an reum inficiatorum esse »; Martial, lib. I, *Epigr.* 9 : « In ius, o fallax, atque inficiator, eamus. » Cf. dans un sens un peu différent Non. Marcel. de comp. doct., éd. Lindsay, p. 189.

gagner du temps ou bien il est ce débiteur insolvable et négligent (*injiliator lentus*, de Cicéron) sur qui l'obligation n'a aucune prise et à qui la certitude de n'avoir rien à perdre inspire l'audace d'épuiser toutes les ressources de la procédure, éventuellement de la voie périlleuse de la *reuocalio in duplum*. Prêt à tout, l'*injiliator* n'hésite pas à s'inscrire en faux contre la sentence. Surtout, il tient toujours en réserve une exception, car en soulevant une exception il devient un véritable demandeur, *reus in excipiendo fit actor*, et cela est un avantage considérable devant toute juridiction primitive où la preuve par excellence est encore la preuve testimoniale. A Rome, comme en Algérie à l'heure actuelle où le droit musulman conservé admet dans tous les cas la preuve par témoins, le témoin se recrute facilement¹. La preuve, bien loin que d'être un fardeau, est un privilège constamment

1. Nous ne possédons aucun ouvrage complet sur le système et la théorie des preuves en droit romain. Les renseignements les plus importants sur ce sujet sont, croyons-nous, ceux qui figurent dans le *Cursus de Puchta*, éd. P. Krüger (1893), p. 532 et ss. Le titre 5 (au liv. 22) où le *Digeste* traite du témoignage judiciaire principalement est plein de préceptes destinés à permettre au juge d'apprécier la valeur morale des témoignages. Les recommandations qu'il contient, celles aussi des constitutions du Prince, sont manifestement inspirées par le désir de combattre la mauvaise foi (cf. le rescrit d'Hadrien au D. 22.5.3, §§ 1, 2). Or, ces témoignages sont admis comme preuve judiciaire au même titre que la preuve littérale. Cf. l'énumération des modes de preuves chez Gell., N. A. 14.2.7: « probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis : expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione. testium intercessionem. » L'anecdote de l'auteur est significative : deux plaideurs comparaissent devant lui. L'un, le demandeur, est un homme d'excellente réputation, de probité parfaite; il réclame le remboursement d'une somme *data numerataque*. « sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat, et argumentis admodum exilibus nitebatur... illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei uitaque turpi et sordida conuictumque uolgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. » Le tripon nie. D'où l'embarras d'Aulu-Gelle qui renvoie la cause et se rend chez le philosophe Fauorinus, demander conseil. Et ce dernier lui rapporte les paroles de Caton : « Si les deux parties sont de mœurs pareilles, soit dans le bien, soit dans le mal, et qu'elles aient contracté ensemble sans recourir à des témoins, il convient de croire plutôt le défendeur. » Mais que si l'une des parties est plus honnête que l'autre, c'est elle que l'on doit croire. Cf. Cic., *De off.*, 3.19, Ual. Maxim. 7.2.4 : « Et si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. » En réalité, le système romain de la preuve judiciaire est celui de la liberté absolue. Gelle confesse (14.2) qu'il n'a rien trouvé ni dans la loi Julia ni dans les ouvrages de Sabinus Masurius qui puisse le tirer d'embarras dans les cas où la conviction naît difficilement. Le juge doit puiser sa conviction dans l'état de la cause. Il n'existe que des préceptes philosophiques, des conseils qui puissent l'aider. Au fond, c'est le langage même du rescrit d'Hadrien.

recherché. Quels comparses obscurs et nombreux, l'*infiliator* devait trouver dans la compagnie des hommes de sa moralité !

Quant à l'*infiliatio*, les compilateurs ne nous ont pas transmis les œuvres des jurisconsultes classiques où il pouvait être traité *ex professo* d'elle. Peut-être ceux-ci ne le faisaient-ils pas. Il semble que l'*infiliatio* était une notion connue, que l'on ne prenait même pas la peine de définir. Peut-on cependant retrouver cette définition ? Voici un texte qui permet de le croire :

D. 41.2 de *adquirenda uel amittenda possessione* 3
 « § 18 (Paul 1.54 *ad ed.*) : « Si rem apud te depositam
 « furti faciendi causa contrectaueris, desino possidere.
 « sed si eam loco non moueris et infitiandi animum ha-
 « beas, plerique ueterum et Sabinus et Cassius recte
 « responderunt possessorem me manere, quia furtum
 « sine contrectatione fieri non potest nec animo fur-
 « tum admittatur. »

Nous dirions aujourd'hui que l'*infiliatio* réside dans l'intention criminelle. Elle est en effet, avant tout, intention, volonté de dépouiller, de frauder¹. Elle n'est presque que cela, car la négation par laquelle elle s'exprime n'est que le reflet de cette intention. Elle est la pensée, l'*animus* de celui qui nie, la cause finale de sa négation, l'élément immatériel du *jurtum*, dont l'autre élément — matériel — se trouve dans la *contrectatio*. Elle se distingue du vol en ce que celui-ci exige, au moins à une certaine époque, en plus de l'*animus*², le maniement de la chose d'autrui : *nec enim furtum*

1. Cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 735, trad. fr. Duquesne, p. 37 du tome 2 : « On exige toujours un acte constitutif de la possession (dans le vol), de telle façon que celui qui a déjà la possession ou la détention de la chose pour une autre cause ne peut être considéré comme voleur que s'il saisit de nouveau la chose avec une intention criminelle. » V. n. 4.

2. Il est clair que l'*animus infitiandi* ne peut être rapporté au droit classique que si l'*animus furandi* avec lequel il a, de toute évidence, maints rapports, remonte aussi haut dans le passé. Mais par contre, il doit l'être rigoureusement, si l'*animus furandi* est une notion classique. Or, cela ne fait aucun doute pour nous. Huvelin a déjà soutenu (*Furtum*, p. 384 et s.) que dès le temps des *ueteres*, les Romains distinguaient les délits volontaires de ceux qui ne le sont pas. Les rhéteurs du siècle de Cicéron, fils spirituels de l'Orient hellénique, ont répondu à la conquête romaine par la contre-

est ipsa infiliatio, licet prope furtum. Il n'est pas un seul des textes que nous avons reproduits dans ce chapitre qui ne le prouve.

La chasse aux interpolations n'a pas épargné notre texte¹.

offensive de l'esprit subtil de la philosophie grecque. Ils ont puisé dans un riche arsenal, dont l'inventaire est bien loin d'avoir été fait. C'est à cette époque que l'on a vu définir le *consilium*, l'*imprudētia*, la *necessitas*, la *voluntas*, le *casus*, l'*aequitas*, l'*utilitas*, le *dolus* et combien d'autres notions fécondes ! Était-il possible que l'élément intentionnel du *furtum* demeurât ignoré ? Qu'est-ce donc que le *dol*, si ce n'est, comme l'écrit Mommsen, *Droit pénal*, I, p. 99 : « La violation intentionnelle de la loi morale et de la loi pénale là où elle ne se spécialise pas dans des actions particulières comme volonté de tuer, de voler ou de faire tout autre acte, suivant la formule usitée pour désigner chaque catégorie de délit. » En le niant, n'oublie-t-on pas, entre autres témoignages importants des sources (tel Gaius 2.50 et 3.208 où l'on veut voir une véritable interpolation, cf. Appleton, *R. H. D.* 1929, p. 197 et p. 203, Albertario, *Animus furandi*, 1923, compte rendu de M. E. Perrot, *H. R. D.* 1929, p. 355), les termes mêmes de la très vieille *lex Spoletina*, l'un des plus vieux monuments qui nous soit parvenu de la législation romaine : « Sei quis scies (-sciens) uiolasit dolo malo... » où il ne peut être question ni de glossème, ni d'interpolation. Nous estimons, comme Mommsen l'a cru, que la discrimination de l'intention dolosive dans son large sens, résultant d'une synthèse à laquelle l'esprit romain devait répugner et qui n'a pu que suivre celle de l'*animus* reconnu dans chaque délit particulier, était déjà virtuellement dégagée dès le jour où l'expression *sciens dolo malo* a pu prendre place dans la rédaction d'une loi. Et pourquoi enfin l'action de *dol* a-t-elle eu un caractère subsidiaire, si ce n'est parce que les Romains ont entendu ne laisser échapper aucune fraude, aucune intention de nuire produisant leurs effets dans un acte concret ou matériel ou juridique, à une juste répression, ce qui suppose que les actions principales rendant inutiles ce subsidiaire reposaient elles aussi sur la même notion.

1. Cf. sur les interpolations de ce fr. Huvelin, *Furtum*, pp. 370 à 373. Pour cet auteur, notre texte est « un assemblage de morceaux disparates, d'âges inégaux, de provenances diverses, plus ou moins habilement ajustés, rapiécés, maquillés par des artisans successifs qui les ont remis au goût de leur temps. On reconnaît la main de certains *ueteres*, celle de Sabinus, celle de Cassius, celle de Paul, celle des compilateurs de Justinien et on soupçonne encore des interventions anonymes. C'est une entreprise désespérée que d'interpréter historiquement pareille mosaïque. » Rassurons-nous cependant : l'intervention de Paul porterait, d'abord, sur le mot *contractaueris* que les *ueteres* ne connaissaient pas, car il apparaît pour la première fois dans les œuvres de Sabinus. L'interpolation, en second lieu, concerne le dernier membre de phrase : « Quia furtum... admittatur » ; elle ressort du désaccord des modes (*potest, admittatur*), l'emploi simultané de l'indicatif et du subjonctif après une même conjonction constituant un critère bien connu d'interpolation. C'est tout pour la forme. Et cela est peu. Quant au fond, M. Huvelin pense contrairement à Pernice (*Labeo*, 2.1 2^e partie, p. 110) que les *ueteres*, dont il est question au texte, appartenaient à la série préservienne et n'étaient pas seulement les contemporains de Sabinus et de Cassius. Et M. Huvelin s'est demandé quelle était la part respective des *ueteres*, de Sabinus, de Cassius et de Paul et de Tribonien dans l'élaboration du texte. C'est, nous semble-t-il, exagérer un peu. Ni les *ueteres*, ni Sabinus, ni Cassius n'ont pu prendre part à cette élaboration. La question ne peut se

Mais l'*animus infiliandi* est resté debout dans les terrains mouvants des plus savantes hypothèses. En dépit de la forme plus ou moins correcte, le fond correspond parfaitement aux idées que nous avons trouvées chez tous les auteurs antérieurs à Justinien et à ses commissaires. L'*infiliatio* est une fraude et l'*animus infiliandi* est l'intention de frauder. Elle n'est que la manifestation extérieure de l'*animus infiliandi*, l'extériorisation de la volonté de son auteur. Elle se distingue nettement de la *contrectatio*, élément matériel du *furtum*¹.

Le texte de Paul éclaire celui qui a fourni à M. Wenger le thème principal de son étude de l'*infiliatio* dans l'*actio*

poser que pour Paul et les compilateurs. Paul rapporte un *responsum* de ses prédécesseurs. Il le fait sans doute dans une langue rajeunie. Il attribue aux *ueteres* à qui la règle *furtum possessionis fil* était étrangère (elle serait due à Sabinus et serait ainsi postérieure aux jurisconsultes de la fin de la République et à Labéon lui-même), la solution donnée sur la question de l'*interuersio possessionis* (*possessorem me manere*). Cette « légère inexactitude dans une citation de seconde main » n'empêche pas que les *ueteres* devaient bien se prononcer sur le point de savoir si l'intention de nier un dépôt consommait un *furtum* : M. Huvelin le reconnaît. Voilà qui nous suffit. D'autres auteurs, Pringsheim, *ZS*, 42, p. 283 et s., Albertario, *Animus furandi*, 6³, *Publ. dell'univers. catt. del sac. c.*, sér. 2, 1 2 et *Rivista di diritto commerciale*, tiennent la mention de l'*animus infiliandi* à notre texte pour interpolée. Cf. Guarneri-Citati, p. 11. Nous repoussons absolument ces exagérations de la critique moderne. Cf. ci-dessus, p. 327, n. 2.

1. L'*infiliatio* n'a rien de commun avec l'*ops*, élément matériel, selon certains auteurs, de l'ancien *furtum*. Dans une théorie obscure, que l'on trouvera exposée principalement aux pp. 370 à 375 de son ouvrage, M. Huvelin voit, dans l'*infiliatio* qu'il distingue soigneusement de l'*animus infiliandi*, un acte matériel, une *ops* suffisante, dans le cas du dépôt, à constituer un *furtum*. Cette opinion est à repousser. La notion *ope consilio* (cf. éd. Mommsen des *Notae Iuris ciu.* dans Keil, *Lat. gr.* 4.297.325) ou *ope consilio* (Gaius 4.37) ou encore *ope consilio* (Cicéron de *Natura deorum* 3.30.74) n'appartient pas au *furtum* proprement dit, mais à la complicité du *furtum*. La démonstration de Lenel dans l'éd. fr. de l'*Edit* demeure entière malgré les études plus récentes et en sens contraire de M. Huvelin (*l. c.*) et de Girard (*Mélanges*, 1923, 2 p. 302). On consultera sur ce point la troisième édition de l'*Edictum*, p. 325 et note 3. La formule de l'action fictive de vol donnée contre le pérégrin (Gai. 4.37) a été faite en tenant compte de cette considération : « S. p. A° A° a N° N° *opeue consilio...* » et c'est sur ce modèle que M. Kübler a établi, dans la sixième édition de Gaius le texte de 4.37 : « S. p. Lucio Titio a Dione Hermaei filio *opeue consilio* Dionis Hermaei filii *furtum factum esse...* », au lieu de, chez Girard, *Textes*, p. 329 : « S. p. Titio *ope consilio* (ue) Dionis Hermaei filii *furtum factum esse...* » Les théories de Mommsen (*Droit pénal* 3, p. 48), de Girard et de M. Huvelin reviennent donc à transporter dans le domaine du *furtum* les conditions d'aide et d'assistance morale requises de l'instigateur et du complice. Un seul des arguments de textes de Lenel doit emporter la conviction du chercheur : Gai. 3.202 : « *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est...* »

iudicati (D. 44.1. de *except*, 2, § 4). L'exception dilatoire ne constitue pas une *infinitio*. Pourtant, c'est toujours l'*actio iudicali* par exemple que le *procurator* exerce. Apparemment, le défendeur succombant après avoir opposé l'*exceptio procuratoria* est un plaideur téméraire. Il a rendu nécessaire l'organisation d'une nouvelle instance, il a retardé l'exécution du *iudicatum*. En fait, il a nié le droit du représenté à agir. Mais en réalité, il n'a pas mis en péril la créance du représenté¹. Quelle que soit l'issue du débat sur l'exception, le représenté est demeuré certain de ne pas perdre sa créance. Le défendeur n'a donc pu chercher à l'en dépouiller, l'intention de frauder, de voler lui a fait défaut, la négation est pure de toute intention délictuelle, car son auteur sait fort bien qu'il devra s'incliner finalement devant le représenté. Que si, à l'époque de Paul,

Cf. sur l'interprétation de ce texte donnée par Huvelin, p. 394, 399, la remarque de Lenel, p. 325, n. 5.

Étrangère à l'ancien élément matériel du *furtum* (*subreptio*) — cela est évident —, l'*infinitio* l'est également au nouveau (*contractatio*). Le texte de Paul I. 54 *ad ed.* dit que, dans l'hypothèse qu'il vise, il n'y a pas de *furtum* parce que cet élément matériel, la *contractatio*, doit exister pour que le *furtum* soit constitué. Il sépare l'*animus infitiandi* de la *contractatio*, acte de maniement qui ne se confond pas avec le contact du dépositaire sur la chose. Si l'on veut avec Huvelin, distinguer l'*animus infitiandi* de l'*infinitio*, il est en tous les cas impossible de faire entrer la *contractatio* dans l'*infinitio*. Que l'*infinitio depositi* constitue, même chez Sabinus encore, un *furtum*, cela s'explique très simplement. Il n'est pas douteux que le dépositaire infidèle était puni selon les Douze Tables comme le voleur non manifeste. C'est que la notion, non encore synthétisée du *furtum*, était bien imprécise et vague, l'acte matériel constitutif du *furtum* pouvant aussi bien consister « non seulement, comme l'écrit Huvelin, en un déplacement de la chose, mais en un refus caractérisé de la rendre. » Avec la théorie précisée du *furtum* et de la *contractatio*, on distingue désormais entre l'élément matériel exigé et l'*animus*. Ainsi, c'est au début de l'empire sans doute, peu après l'époque où cette doctrine s'est formée, que la règle « Is qui depositum abnegat, non statim furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultauerit » s'établit et que « l'*infinitio depositi* cessa de consommer un *furtum* ». Cf. Huvelin, p. 375, et les exemples cités p. 612 à 615.

1. Le *procurator* ne déduit pas le droit de son maître. Le *cognitor* le déduit au contraire. Gaius IV. 124 nous apprend que le maître est exposé par l'*exceptio dilatoria ex persona (cognitoria)* à perdre définitivement son procès. Il en est de même pour l'*exceptio dilatoria ex tempore*. Mais de toute façon alors, le danger ne vient pas du défendeur. Le demandeur peut différer son action. Le *dominus* conserve le droit d'éviter l'*exceptio cognitoria*, en agissant par lui-même ou par un autre *cognitor*. Cf. Gai. IV.123-124. Donc, le défendeur ne peut avoir voulu les frustrer d'un droit dont la perte n'est imputable qu'à eux seuls.

l'*animus infiliandi* est reconnu et dégagé, comment admettre que ce ne soit pas parce que cet *animus* a fait défaut en pareille circonstance qu'Ulpien, 1.74 *ad ed.*, au D. 44.1.2 § 4 se refuse à tenir pour coupable d'une *infiliatio* celui « qui dicit non licere procuratorio nomine agi... sed personam euitat » (differt actionem) ?

Dès l'époque des *ueleres*, l'*infiliatio* comprend donc :

1° L'*animus infiliandi*, qui n'est qu'une variété de l'*animus furandi*¹.

2° L'acte de *negare*, par lequel se révèle extérieurement cet *animus*, une intention n'étant rien en elle-même; mais sitôt qu'elle s'affirme dans le domaine sensible, l'affirmation n'a de valeur que par la volonté de frauder qu'elle suppose.

3° Une fraude, car la négation doit porter atteinte au droit d'autrui. *Infileri*, *infiliatio* ont un sens péjoratif. M. Wenger a remarqué que la *litiscroissance* s'entendait seulement du cas où le défendeur succombait. C'est que la mauvaise foi de ce dernier ressort alors de la comparaison qui s'impose entre la réponse faite *in iure* et les vérifications du juge qui la démentent et l'infirmement. Il n'y a donc pas d'*infiliatio* heureuse. Elle s'évanouit dès que le droit du défendeur à contester la prétention de son adversaire s'avère fondé. A la différence du *furtum*, elle n'est donc jamais qu'une tentative².

1. C'est ce qui ressort du texte lui-même de Paul, 1.54 *ad ed.*, où il est question du *furtum* et où l'*animus infiliandi* est formellement assimilé à l'*animus* exigé pour le *furtum*. Paul dit en effet que la violation du dépôt ne constitue pas un *furtum*, quand bien même son auteur posséderait-il l'*animus infiliandi*, parce que, en l'absence de toute *contractatio* ou de tout déplacement matériel de la chose, un *furtum* ne se consomme pas par l'*animus* seul. D'où il résulte *a contrario* que si l'élément matériel du vol existe, l'*animus infiliandi* équivaut alors à l'*animus furandi*, puisque le vol est ainsi juridiquement constitué. Que si même, avec Huschke et d'autres, l'on entend tenir en principe tout argument *a contrario* pour douteux, il n'en reste pas moins que le fr. établit à la simple lecture (sed quia *furtum sine contractatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur*) que l'*animus infiliandi* n'est pas autre chose qu'un cas particulier de l'*animus furandi*.

2. Quel est en effet le préjudice subi par le demandeur? M. Wenger a dit (*Actio iudicati*, p. 34-35), avec Huschke : « Ce demandeur a subi le risque de perdre sa créance : il eût pu être débouté ». Sans doute, cela est vrai. Mais ce risque finalement a été écarté, le préjudice subi par le demandeur se résout en fin de compte à n'être qu'un préjudice moral. Or, quelle fut jamais

Un texte distingue l'*infinitio* de la *culpa*, notion subjective au premier chef :

D. 9.3 *de his qui effud. uel dei.* I, § 4 : « Haec in
« factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid
« deiceretur uel effunderetur, non in dominum ae-
« dium : culpa enim penes eum est. Nec adicitur cul-
« pae mentio uel infitiationis, ut in duplum detur ac-
« tio, quamuis damni iniuriae utrumque exiget. »
(Ulp. 1.23 *ad ed.*)

Ici l'*infinitio* marque une gradation ascendante sur la *culpa*, puisque nous savons qu'elle est une fraude, une intention dolosive. Mais comme la *culpa*, elle appartient aux régions supérieures de l'esprit juridique où il convient de rechercher si l'acte accompli relève de l'intention formellement arrêtée de nuire à autrui ou de se dérober à l'exécution d'une obligation.

En résumé, on peut définir, pour l'époque classique l'*infinitio* : **L'acte frauduleux qui consiste à tenter de faire perdre son droit au créancier par une négation dont la fausseté est connue.**

*
* *

Mais nous n'avons pas dit pourquoi l'*infinitio* n'était réprimée au double que dans certaines actions. C'est là le mystère des origines, la cause première et insaisissable qui fuit à l'infini. Il nous plaît de terminer cette étude par un aveu d'humilité et d'ignorance.

Pourtant, s'il est permis d'abandonner le domaine sévère de la science où nous nous sommes efforcé de pénétrer,

à Rome la sanction d'un préjudice moral ? La satisfaction due à ce demandeur, a soutenu encore M. Wenger, a été retardée. Certes, il en est bien ainsi. Mais c'est là l'effet de tout procès. Dans l'*actio iudicati*, il est exact que la nouvelle instance nécessitée par l'*infinitio* remettra en question la chose certaine sous tous les rapports qui résultent de la première sentence. La demandeur devra plaider deux fois. Mais cette considération, vraie pour l'*actio iudicati*, ne l'est pas pour les autres actions à *litiscondemnatione*. Peu importe même que le droit du demandeur y soit également certain : le demandeur n'aura jamais qu'un seul procès à conduire et le retard apporté à le satisfaire ne sera ni plus ni moins considérable que dans toute autre instance judiciaire, même ne croissant pas au double. Cela ne suffit donc pas à expliquer les effets de l'*infinitio*.

pour celui de l'intuition, il est peut-être possible d'imaginer que la première notion de l'*infiliatio* qui, nous le savons par Cicéron, était la négation d'une déclaration solennelle et expresse enchâssée dans une *lex Mancipii*, était, à l'époque des Douze Tables, très voisine de celle du *furtum*. M. Huvelin a déjà souligné qu'une notion archaïque du vol se rencontrait dans certains témoignages qui font, du simple refus de rendre ce que l'on a reçu, un acte matériel suffisant à consommer le délit du *furtum*¹. Nous avons réfuté en partie cette assertion, en tant qu'elle voit dans ce refus l'élément matériel du *furtum*, une *ops*. Mais, pour le surplus, si l'on admet que dans l'action du dépôt de la loi des Douze Tables, l'*infiliatio* est traitée comme le *furtum*, que dans l'imprécision primitive de la notion juridique de celui-ci, l'élément matériel peut faire défaut², si enfin un auteur a pu écrire qu'anciennement le vol pouvait être consommé *sola mente atque animo*³, comment pour-

1. Cf. Huvelin, *Furtum*, pp. 612-615, sur D. 47.2.52.7 et D. 19.5.17.5.

2. Cf. Aulu-Gelle, N. A. 11.18.13. Nous y apprenons que Sabinus dans son traité de *furtis* admettait que le vol put avoir pour objet non pas seulement un esclave ou une chose mobilière, mais aussi les champs et les maisons et qu'un fermier (*colonus*) fut condamné pour vol parce qu'il avait vendu le fonds loué, intervertissant ainsi la possession (*possessione eius dominum interuertisset*). L'exemple qui suit est plus curieux encore. Il a d'ailleurs été rapporté en maints passages de la littérature latine. Un esclave s'est enfui de la demeure du maître. Celui-ci le croise sur la voie publique, mais un tiers dérobe le fugitif à sa vue en étendant sur lui son manteau comme pour le couvrir, en réalité pour lui permettre d'échapper à la reconnaissance du maître : le tiers a commis, ce faisant, un vol. On consultera sur le fr. d'Aulu-Gelle, Huvelin, *Furtum*, p. 646 et suiv. et sur le dernier ex. p. 382-383. Cet auteur rapproche le *casus* cité par Gell. de celui mentionné au D. 47.2 de *furtis* 67.2. Paul, lib. VII *ad Plautium* : « Eum qui mulionem dolo malo in ius uocasset, si interea mulae perissent, furti teneri ueteres responderunt. » Le dommage ici n'a pas été causé *corpore*, l'*a. leg. Aq.* est impossible. Les *ueteres* donnent l'*a. furti* au muletier dont les bêtes ont péri pendant qu'on l'entraînait pour une raison mensongère devant le prêteur. Dans ces deux hypothèses, il est exact de dire avec M. Huvelin que l'on ne trouve aucune *contractatio*, aucun contact entre le voleur et l'objet du vol.

3. Cf. Gell. N. A. 11.18.20 : « Verba sunt Sabini ex libro iuris ciuili secundum : ...haec quidem sic in eo, quo nunc dixi, libro Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa adtractatis. Sed meminisse debemus, secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque attractione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente. Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui seruo suo, uti furtum faceret, imperauit. » Voy. Huvelin, *op. cit.*, p. 684 et ss. La phrase « sed meminisse... annitente », est, dit cet auteur, complètement étrangère à Sabinus qui proclamait par ailleurs la règle « furtum sine con-

rait-on ne pas se demander si la même *infiliatio* ne suffisait pas primitivement à faire de son auteur, dans certains cas au moins, un véritable voleur inconsciemment traité et puni comme tel¹? L'esprit primitif ne devait-il pas être naturellement porté à considérer sous le même angle juridique la fraude consistant à tenter d'échapper à l'*obligatio iudicali* consacrée par une sentence du juge et celle tenant à la négation frauduleuse d'un dépôt? N'était-ce pas en quelque sorte commettre un vol que nier le legs d'une chose dont on était débiteur vis-à-vis du légataire ou refuser de rembourser à la caution les espèces dont elle s'était dessaisie entre les mains du créancier et dont le débiteur principal avait indirectement profité? La doctrine avant Sabinus n'avait pas encore défini le *furtum* comme portant sur une *res aliena*². Quel puissant élément d'identification enfin que cette peine du double qui constituait la sanction du *furtum* tout autant que celle de l'*infiliatio*!

Toutefois ces réflexions appellent une précision. Il est certain que les Romains de ces âges les plus anciens, s'ils ont été naturellement portés à punir l'*infiliatio* comme le *furtum*, n'ont jamais dit qu'elle constituait un *furtum*. Ils l'ont obscurément ressenti. A leurs yeux, l'*infiliatio* demeurait dans un sens étroit et primitif, une simple négation et le double était la peine de cette négation.

Le rapprochement entre le *furtum* et l'*infiliatio* des origines s'arrête devant la loi Aquilia, à l'apparition de l'action au simple qui détruit la similitude, le parallélisme des deux notions. Désormais, il faut distinguer entre l'action au double dès le début et celle qui est soumise à l'application de notre adage *lis infitiando crescit in duplum*. L'extension connue de cette maxime juridique aux *actiones iudicali, depensi et ex testamento*, alors qu'elle était contrariée pour le dépôt par les tendances lointaines qui de-

treactione fieri non potest ». (D. 41.2.3.18.) Sabinus n'aurait donc pas approuvé l'affirmation d'Aulu-Gelle, laquelle renvoie visiblement à la condamnation portée par les *ueteres* contre le tiers qui a dissimulé l'esclave fugitif aux yeux de son maître. En tous cas, ce geste n'implique aucun contact entre le délinquant et l'objet volé.

1. C'était le cas de l'*infiliatio depositi*.

2. Cf. Huvelin, p. 701.

vaient amener la reconnaissance du contrat de bonne foi de dépôt, altère gravement l'ancienne notion de l'*infiliatio*. Une institution nouvelle est née, elle va vivre dans le droit classique.

En même temps, une analyse plus pénétrante, plus exacte de la notion juridique de l'*infiliatio* conduit à découvrir en elle un élément de fraude. On la compare — mais pour rejeter l'assimilation — à celle du *furtum* vaguement apparue à la conscience primitive. Du même coup, la peine du double, sans cesser d'être une peine du plaideur téméraire, va devenir, dans une certaine mesure, la peine d'un véritable délit et l'*infiliatio* se compléter par une notion de fond qui viendra se superposer à l'institution de procédure. Cette idée nous permet de comprendre Gaius 4.172. Lorsqu'il traite du *iusiurandum calumniae*, le jurisconsulte écrit¹ que le *periculum dupli* de l'action à *lilis-croissance* rend inutile l'exigence du serment de calomnie et donne la même solution pour le supplément pénal de toute action qui « statim quidem ab initio pluris quam simpli sit ». La doctrine ne distingue donc pas, sous ce rapport, la peine de la *sponsio* et celle de la *liliscroissance*, qui appartiennent plus précisément au système des peines du plaideur téméraire, de celle du double *ab initio*, qui n'a rien de commun avec lui. Nous tenons pour probable que cette confusion n'a été rendue possible que par l'évolution retracée du concept de l'*infiliatio*.

Ainsi les deux courants de fond que nous avons reconnus, viennent de nous apparaître encore : ancienne action au double = ancienne notion de l'*infiliatio*, d'une part; loi Aquilia = nouvelle action croissant au double *aduersus infitiantem*, dont le domaine par un curieux phénomène, auquel nous voulons donner toute son importance, ne cessera de s'accroître, d'autre part.

Notre adage *lis infiliando crescit* est donc vrai pour l'*actio legis Aquiliae* : il s'est, pour la première fois, appliqué à elle, et elle lui est demeuré soumise pendant toute l'évolution du droit romain jusque dans celui de Justinien.

1. Cf. ci-dessus, p. 6.

C'est, au contraire, par une voie différente que les autres actions citées par Gaius 4.9 sont arrivées à lui. Que l'on transpose, en effet, ce précepte, qui concerne l'*infiliatio*, dans le domaine de la *confessio* qui forme, dans une certaine mesure, le pendant en sens contraire de cette *infiliatio* : au lieu de croître au double à raison de l'*infiliatio*, le procès décroît au simple en vertu de la *confessio* : « lis confessione minor ». Tel est le chemin suivi par les anciennes actions *iudicati*, *depensi*, *ex testamento* au double dès le début pour entrer dans le système de la *litis* croissance. Simple différence de mots sans doute apparemment. Au fond, dans le droit classique, le résultat, le point d'aboutissement sont les mêmes.

L'évolution que nous venons de retracer est confirmée par ce que nous savons de l'apparition dans le droit classique d'une troisième catégorie d'actions : celles par lesquelles on poursuivait à la fois la *res* et la *poena*. Nos actions ont en effet lentement dépouillé leur caractère pénal primitif. Elles sont devenues avant tout des actions réipersécutaires, mais elles retrouvent, dans le cas d'*infiliatio* une partie de leur nature pénale d'antan.

Il est peut-être permis d'imaginer désormais pourquoi l'*infiliatio* n'a été réprimée par la peine du double que dans un très petit nombre d'hypothèses. L'action de la loi Aquilia s'explique par des circonstances d'ordre politique et social particulières. Elle marque, nous le savons, un renforcement de la répression ancienne dans les hypothèses du dommage qu'elle vise. En dehors d'elle, les Romains ont gardé la pénalité du double pour les cas où, anciennement, ils voyaient une espèce de *furtum nec manifestum*. Ils ne l'ont jamais dit : il était trop tard pour cela, lorsqu'apparut, dans le droit classique, la première tentative de synthèse.

Vu, le Doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu, le Président de la thèse,
A. GIFFARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

ADDENDA

1° Lire à la page 323, après « mais tentons de les comprendre » :

Il est désormais possible, croyons-nous, de tenter d'éclaircir, à la faveur de tout ce qui précède, le mystère de l'*actio iudicati in simplum*. La *litiscroissance* s'est introduite dans la procédure romaine avec l'action incertaine de la loi Aquilia. Quiconque se bornait à contester l'évaluation du demandeur était exonéré du péril du double : l'action au simple n'était qu'une action en estimation du dommage. Au contraire, dans l'action qui faisait suite à la *manus iniectio iudicati* ou *depensi*, il n'était point de place pour une estimation : la créance était déjà rigoureusement certaine.

Mais dans la procédure formulaire un élément nouveau fait son apparition : l'exception. La division des exceptions en péremptoires et dilatoires fait naître l'idée d'une distinction nouvelle entre les hypothèses dans lesquelles l'exception aboutit à une véritable négation et celle où elle ne saurait être tenue pour équivalente à cette négation. La question se pose évidemment aussi pour l'*actio iudicati* et l'*actio depensi* jusque-là toujours au double, parce que la seule hypothèse qui pouvait s'y présenter était celle de la *uis* du *uindex*, et on la résout de la même façon que pour l'*actio legis Aquiliae*, en distinguant entre une *actio in duplum* et une *actio in simplum* que l'on transporte désormais dans nos deux actions. En même temps, on reconnaît des cas où le montant du *iudicatum* peut encore donner lieu à discussion. Le bénéfice de compétence, les prétendues exceptions de *peculio* ou de *in rem uerso* du *pater* poursuivi par l'*actio iudicati* rendent nécessaire, dans la procédure formulaire, la création d'une procédure de pure estimation fort voisine de l'action au simple de la loi Aquilia. En effet tous les cas où une *actio iudicati in simplum* a été signalée par M. Wenger se ramènent à l'une ou à l'autre de ces deux grandes hypothèses : exception dilatoire soulevée par le défendeur ou clause de limitation insérée dans la *condemnatio* de la formule. Nous avons déjà dit que, dans cette dernière circonstance, le défendeur se plaçait sur le terrain de l'*incertum* de l'obligation, la discussion nouvelle ne portait que sur une simple évaluation du *id quod debitor facere potest* ou du *dumtaxat de peculio*. Là est l'*actio iudicati in simplum*. Mais il a fallu que l'*exceptio* fut inventée, que le bénéfice de

compétence fût connu, que les prétendues *exceptiones de peculio* et *de in rem uerso* fissent leur apparition pour que l'unité de base de la *litiscroissance* fût introduite dans l'*actio iudicati* et l'*actio depensi*. Désormais l'adage « *lis infitiando crescit in duplum* » pouvait s'appliquer à ces deux actions.

2° Ce livre était déjà imprimé lorsqu'a été publié le curieux article de M. Carlo Arno, « *Actio in factum accommodata legi Aquiliae*, estratto del volume per il XIV centenario delle pandette, studi e profili pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, 1933, pp. 33-94. Il n'entre certes pas dans le cadre de cette étude d'analyser et de critiquer l'opinion de l'auteur sur la question qu'il veut résoudre. Toutefois, nous relevons dans cet article deux affirmations qu'il convient de discuter ici, parce qu'elles concernent le sujet de cette étude.

D'une part, M. C. A. écrit (p. 87) que la loi Aquilia « non contenava la regola *lis infitiando crescit in duplum* ». C'est là sans doute un acte d'adhésion de l'auteur à l'opinion de M. Betti (*Studi sulla litis Aestimatio*, 2.7), selon laquelle l'action confessoire au simple de la loi Aquilia serait une création prétorienne récente. Or, il convient de remarquer, avec Lenel (*Edictum*³, p. 368, n. 3, voy. aussi James B. Thayer, *Lex Aquilia*, p. 54) que ce n'est là qu'une simple hypothèse. A notre avis, la loi Aquilia contenait certainement une disposition expresse relative à la *litiscroissance*. Voy. Gaius, loi 7 ad ed. prouinc., D. 9.2.2.1 et Inst. 3.216 (*nisi quod EA LEGE aduersus infitiantem in duplum agitur*). L'existence de cette disposition expresse ressort des mots « *infra deinde cauetur* » (D. 9.2.2.1).

D'autre part, M. C. A. a entendu expliquer l'*actio in duplum* de la loi Aquilia d'une façon un peu trop simple peut-être. Il a observé que la *litiscroissance* jouait pareillement pour l'*actio utilis* et l'*actio in factum*, ce qui est méconnaître, au moins dans une certaine mesure et pour le droit postclassique, le renseignement que nous fournissent les Basiliques 60.3.32 (cf. ci-dessus, pp. 114-115). Il a pensé que les cas de négation du dommage étant de beaucoup les plus nombreux, on en était venu tout naturellement à parler d'une action *in duplum*, désignation qui s'était peu à peu substituée à celles de *actio utilis in duplum* et de *actio in factum in duplum*, d'où une réaction contre cette expression erronée, dont c'est en vain qu'il croit trouver la trace dans C. 3.35.6, alors que sa thèse est contredite par une constitution de peu antérieure à celle-ci (C. 3.35.5). Il a méconnu l'importance du déplacement de la *litis contestatio*, pour expliquer et comprendre l'*actio in duplum legis Aquiliae* du droit postclassique.

3° Lire à la note 3 de la page 114 :

Cf. au sujet de ce texte la curieuse altération signalée par Rotondi, *Riv. di Diritto commerciale*, 1916¹, p. 965, n. 3 *in fine*.

ABRÉVIATIONS

On ne trouvera pas dans ce livre l'indication de la bibliographie générale du sujet. Il convient de dire pourquoi.

En dehors des trois dissertations de Sell, Huschke et Rudorff qui ont été si souvent citées, rares étaient les ouvrages qui traitaient principalement de la *litiscroissance*. Pour indiquer toutes les œuvres dans lesquelles nous avons puisé un renseignement partiel, il nous faudrait donc, d'une manière presque constante, citer des ouvrages généraux connus de tout le monde. Sur les indications qui nous ont été données, nous renonçons à la réalisation d'un tel projet. Aussi bien le nombre des références bibliographiques données au bas des pages nous dispense-t-il de reproduire à cette place des indications que nous avons déjà données d'une manière plus précise.

Il nous suffira donc, croyons-nous, de faire figurer ici la liste de nos abréviations principales.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von F. C. von Savigny, C. F. Eichhorn und A. A. F. Rudorff citée : Z. f. G. R. W. S.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, römantis-tische Abteilung, 1880 et s., citée : ZS., dont nous avons pu utiliser l'admirable instrument de travail qu'est le *General-register zu den Bänden I-L*, Erich Sachers, Weimar, 1932.

Archiv für die Civilistische Praxis, citée : Archiv. Civ. Prax.

Atti del Reale Istituto Veneto, cit. Att. Ven.

Buletino dell'Istituto di diritto romano, pubblicato per cura del segretario perpetuo Vittorio Scialoja, cité : D. I. D. R.

Rivista del Diritto Commerciale e del..., Milano, cit. Riv. di dirit. comm.

Rivista per le scienze giuridiche, Torino : Riv. p. le sc. giur.

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, citée : N. R. H.

Revue historique de droit français et étranger, citée : R. H. D.

The Law Quarterly Review : New. Quart. Rev.

TABLE DES TEXTES CITÉS OU ÉTUDIÉS ⁽¹⁾

I. — TEXTES EPIGRAPHIQUES²

Lex Coloniae Genetivae Iuliae,
c. LXI. — 38, 2; 46, 3; 320, 4; 321.
Lex dicta Iulia Municipalis (tab.
Heracl.) lin. 19, 107, 125, 141. —
321.
lin. 114. — 64, 3.
lin. 115. — 68.
Lex Lucerina. — 36 et n. 5.
Lex Malacitana³, c. LVIII, LXII,
LXVII. — 320.

II. — TEXTES JURIDIQUES

BASILIQUES.

10.3.7 (D. 4.3.7.3 et 4). — 114, 1.
11.1.7.sc.30 (D. 2.14.7.13-16). —
62.
12.1.4.8 (D. 17.2.48). — 114, 1.
24.6.2.sc.2 (D. 12.6.2). — 234.
38. 15.3 (C. 5.53.3). — 60.
38.15.3.sc.1 (C. 5.53.3). — 196, 3.
38.15.3.sc.2 (C. *id.*). — 211.
42.1.20 (D. 5.3.20.4-5). — 312,
314.
42.1.20.sc.5 (D. 5.3.20.4-5). —
151.
42.1.36.sc.2 (D. 5.3.36.2). — 313.
52.1.33 (D. 44.7.34.pr.). — 114, 1.
53.2.4 (D. 9.2.27.24). — 114, 1.
60.2.1 (D. 9.1.1.4). — 114, 1.
60.2.1.48 (D. 9.1.1.16). — 114, 1.
60.3.1 (D. 9.2.1.pr.). — 129, 1.
60.3.2 (D. 9.2.2.1). — 86.
60.3.9.sc.6 (D. 9.2.9.3). — 116,
2; 119, 3.

60.3.27.sc.65 (D. 9.2.27.21). —
116, 2; 119.
60.3.27.sc.75 (D. 9.2.27.21). —
119.
60. 3.41.(9.2 41.1). — 114, 1.
60.3.62 (C. 3.35.5). — 115; 118;
123 et n. 3.
60.3.63.sc.3 (C. 3.35.6). — 116, 2;
120, 2.
60.3.66.sc.3 (C. 3.35.6). — 119, 1
60.4.5.sc.17 (D. 9.3.5.4). — 119, 1
60.12.67.pr. — 329, 4.
60.13.1 (D. 47.4.1.2). — 114, 1.
60.13.1.sc.6 (D. 47.4.1.2). —
114, 1.
60.34.33.sc.1 (C. 9.1.11). — 122.

BRACHYLOGUS.

4.23.3. — 167.
3.23.10. — 167.

CODE GRÉGORIEN.

1.10.6. — 193, 1; 216, 2.
2.11.1. — 198.
10.1.1. — 62.
11.1. — 193, 1; 207.

CODE HERMOGENIEN.

4.3. — 193, 2; 202; 233, 3.

CODE JUSTINIEN.

1.3.45.7. — 154; 155, 1; 157.
1.17.2.18. — 64, 2.
1.18.1. — 54; 61.

1. Les chiffres arabes suivant le tiret sont ceux des pages auxquelles il convient de se reporter dans le présent livre.

2. Les renvois aux textes sont ceux de la septième édition des *Fontes* qui ont été toujours utilisées dans ce livre.

3. Cf. *Simulacra* édités par O. Gradenwitz dans Bruns, *Fontes*⁷, *additamentum*, II, XIX.

- 2.3.6. — 203.
 2.3.8 (9). — 193, 1; 205; 211.
 2.4.6. — 198, 3.
 2.4.9. — 198, 3.
 2.4.12. — 60; 193, 1; 206; 211.
 2.4.17. — 198, 3.
 2.4.32. — 199.
 3.28.33.pr. — 187.
 3.31.12.3. — 315, 2.
 3.35.4. — 4, 6; 18; 86, 1; 87, 2.
 3.35.5. — 86, 1; 115; 123, 3.
 4.5.1. — 60; 230, 2; 231, 5;
 235 et n. 1.
 4.5.2. — 233, 2.
 4.5.4. — 10; 230, 1; 231, 1 et 5;
 243; 248; 250; 252; 256; 261.
 4.5.7. — 248; 251.
 4.15.3. — 16, 1.
 4.21.16. — 191, 1.
 4.30.13. — 58, 2.
 4.31.2. — 60; 230, 2; 231.
 4.49.4. — 80, 1; 157; 179.
 4.65.33. — 187.
 5.53.3. — 193, 1; 204; 211.
 6.50.19. — 230, 3; 249.
 7.43.4. — 63, 3.
 7.43.5. — 63, 3.
 7.44.1.3. — 60, 1.
 7.45.6. — 60, 1.
 7.46.3. — 50.
 7.47. — 269, 4.
 7.52.1. — 55, 3.
 7.53.9. — 16, 1.
 8.38.3. — 80, 1.

CODE THEODOSIEN.

- 1.4.2. — 253.
 2.27.1.3. — 191, 1.

COLLATIO MOS. ET ROM. LEGUM.

- 2.4. — 91; 100, 4; 147, 3.
 2.5.5. — 131.
 2.6.1. — 80, 1.
 10.7.11. — 142, 3; 159; 170.
 12.7.1. — 91; 100, 4; 147, 3.

CONSULTATIO UET. CUIUSD. IURIS
CONS.

- 1.7. — 203.
 4.3. — 204.
 4.11. — 202.
 7.2. — 211.
 7.4. — 203; 214, 2.
 7.5. — 214, 2.

- 7.6. — 193, 1; 197; 215, 2.
 7.9. — 212.
 9.1. — 193, 1; 200; 207; 210.
 9.8. — 193, 1; 205; 207.
 9.14. — 60; 193, 1.
 9.15. — 193, 1; 207.
 9.16. — 193, 1; 207; 214, 1.

DIGESTE.

- 1.2.2.8. — 129, 1.
 1.3.11. — 64, 2.
 2.3.1.4. — 284, 2.
 2.7.5.1. — 284, 4.
 2.12.1. — 63, 3.
 2.13.1. — 117.
 2.14.7.12. — 198, 3.
 2.14.7.13. — 60; 62; 193, 1;
 206; 210.
 2.14.7.14. — 104, 2.
 2.14.7.16. — 198, 5.
 2.14.17.1. — 194.
 2.14.44. — 196, 3.
 2.14.48. — 142, 3.
 2.15.1. — 196; 212, 3.
 2.15.2. — 199, 2.
 2.15.6. — 219.
 2.15.7. — 193; 207; 211.
 2.15.11. — 51; 51, 1; 208; 211.
 2.15.15. — 199, 2.
 3.5.23. — 64.
 3.6.5. pr. — 275, 3.
 3.6.5.1. — 267, 3; 299, 1.
 4.2.14.2. — 274, 2.
 4.2.14.9. — 204; 299, 1.
 4.2.14.10. — 272, 2.
 4.2.16.2. — 274, 2; 275, 3.
 4.3.17. — 275, 2.
 4.4.9.2. — 300.
 4.4.25 pr. — 232, 2.
 4.7.4.6. — 269, 2; 283, 3.
 4.7.4.7. — 274, 2.
 5.1.12.2. — 50.
 5.1.18.1. — 269, 4.
 5.1.74.2. — 60; 230, 2; 232, 3;
 232, 4; 236, 2.
 5.2.17.pr. — 237, 1.
 5.2.29.2. — 195, 1.
 5.3.10.1. — 309, 1.
 5.3.11. — 309, 1.
 5.3.13.12. — 309, 1.
 5.3.13.15. — 308, 1.
 5.3.16. — 309, 1.
 5.3.18. pr. — 309, 1.
 5.3.20.4. — 3, 1; 60; 123; 269, 1;
 307; 308; 314, 2.

- 5.3.20.5. — 60; 151; 151, 1; 307;
 310; 315, 1; 316.
 5.3.36.2. — 308, 1; 311.
 5.3.40.4. — 308, 1.
 5.3.55. — 123.
 6.1.13. — 122.
 6.1.13.14. — 314, 1.
 6.1.14. — 122; 299, 1.
 6.1.25. — 19, 2.
 6.1.68. — 80, 1.
 6.1.80. — 14, 2.
 9.1.1.15. — 14, 2.
 9.2.1.1. — 129, 1.
 9.2.2.1. — 86.
 9.2.9.2. — 116.
 9.2.11.2. — 295, 9.
 9.2.11.3. — 269, 4.
 9.2.21.2. — 98; 292.
 9.2.23.8. — 292, 2; 295, 8.
 9.2.23.10. — 3; 86, 1; 147, 3.
 9.2.23.11. — 18; 94, 3; 94, 4;
 147, 3; 260, 1.
 9.2.24. — 87, 4; 94, 3; 147, 3.
 9.2.25. pr. — 94, 3.
 9.2.25.1. — 87, 4.
 9.2.25.2. — 92; 92, 2; 151.
 9.2.26. — 15, 4; 92; 151.
 9.2.27.21. — 119.
 9.2.27.22. — 129, 1.
 9.2.27.25. — 105, 1.
 9.2.29.7. — 116; 116, 2; 118.
 9.2.29.8. — 131, 1.
 9.2.30.1. — 299, 1.
 9.2.51.2. — 269, 4.
 9.3.1.4. — 86, 1; 338.
 9.4.22.4. — 14, 2.
 9.4.26.5. — 19, 2.
 10.2.36. — 60; 230, 2; 232, 1;
 232, 3; 236, 2; 239; 257, 1.
 10.2.44.4. — 6, 2.
 11.1.10. — 14, 2.
 11.1.11.3. — 14, 2.
 11.1.11.4. — 14, 2.
 11.1.17. — 14, 2.
 11.1.20. pr. — 87, 4.
 11.1.20.1. — 14, 2.
 11.3.5.2. — 4, 6; 160, 1.
 11.3.11.2. — 287, 3.
 11.3.14.5. — 272, 2.
 11.6.5.1. — 175, 5.
 12.1.9.1. — 33; 100, 4.
 12.2.2. — 237, 1.
 12.2.28.7. — 55, 3.
 12.2.28.8. — 55, 3.
 12.2.30. pr. — 3, 1; 17; 20; 55, 3.
 12.3.4.2. — 80, 1.
 12.3.5. pr. — 40, 1; 80, 1.
 12.3.5.3. — 40, 1; 80, 1.
 12.3.5.4. — 40, 1; 80, 1.
 12.3.6. — 40, 1; 80, 1.
 12.3.8. — 187.
 12.6.2. — 230, 3.
 12.6.2. pr. — 233; 234.
 12.6.2.1. — 247; 251.
 12.6.23.1. — 51; 51, 1; 60; 192,
 1; 202; 208; 211; 213, 2; 230,
 1; 230, 2; 232, 2; 233.
 12.6.23.3. — 211; 233.
 12.6.23.4. — 10; 22, 3; 230, 1;
 243.
 12.6.26.7. — 253.
 12.6.33. — 234, 3.
 12.6.42. — 241; 242.
 12.6.60. — 230, 2; 235; 235, 1.
 13.1.10.1. — 305.
 13.5.18.2. — 283, 3.
 13.7.22.1. — 306, 5.
 13.7.43. — 175, 1.
 14.5.5. pr. — 54.
 15.1.3.11. — 54.
 15.3.10. — 54.
 16.2.2. — 64, 2.
 16.3.1.1. — 161; 290, 1.
 16.3.1.3. — 162.
 16.3.18. — 290, 1.
 17.1.6.7. — 74, 1.
 17.1.29.5. — 50, 1; 230, 2; 236.
 17.1.50. — 64, 2.
 17.1.52. — 64, 2.
 17.2.50. — 270, 1; 284, 2; 293, 3.
 17.2.67.3. — 14, 2.
 17.2.71. pr. — 197, 3.
 17.8.2. — 303.
 18.1.40. — 175, 1.
 19.1.2. pr. — 175, 3 et 5.
 19.1.13.14. — 175, 3.
 19.2.25.5. — 294, 1.
 19.5.17.5. — 339, 1.
 21.1.45. — 186 et ss.
 21.2.60. — 182.
 21.2.70. — 183, 1.
 21.2.74. pr. — 227.
 22.3.25. pr. — 14, 2.
 22.5.3.1. — 332, 1.
 22.5.3.2. — 332, 1.
 24.3.17.2. — 53; 55; 57, 1.
 26.7.25. — 55, 3.
 27.3.1.20. — 166, 4.
 27.3.1.23. — 269, 3; 283, 2.
 27.3.2.2. — 272, 2; 299, 1.
 27.3.20.1. — 55, 3.
 27.6.7.2. — 284, 1; 286, 4.
 27.6.9.1. — 269, 4.

- 27.9.3.3. — 237, 1.
 29.2.20.5. — 284, 1.
 29.4.12.1. — 284, 1.
 30.7.1.2. — 149.
 31.44.1. — 147, 4.
 31.77.30. — 80, 1.
 33.8.9.1. — 269, 1.
 35.2.3.1. — 196, 3.
 35.2.61. — 148; 220, 1; 249, 1.
 35.3.1.9. — 251, 1.
 35.3.3.10. — 230, 3; 251, 1.
 36.1.67 (65). — 237, 1.
 37.6.2.4. — 293, 3.
 38. 1.39.1. — 80, 1.
 39.2.4.7. — 284, 1.
 39.2.7.1. — 293, 3.
 39.4.5. — 19, 2; 272, 2.
 39.5.17. — 199, 1.
 39.5.33.pr. — 54.
 39.5.33.2. — 54.
 41.2.3.18. — 162; 333; 337, 1;
 339, 3.
 42.1.6.1. — 330, 1.
 42.1.6.2. — 330, 1.
 42.1.6.3. — 22, 3; 275; 283, 2;
 330.
 42.1.15.9. — 16, 1.
 42.1.22.1. — 14, 2.
 42.1.39. — 50.
 42.1.41.2. — 54.
 42.1.53.2. — 63, 3.
 42.1.53.3. — 63, 3.
 42.1.59.2. — 50.
 42.2.2. — 93, 1.
 42.2.3. — 152, 1.
 42.2.4. — 94, 2.
 42.2.6. — 152, 1.
 42.5.9.8. — 283, 2.
 42.5.11. — 274, 2.
 42.8.11. — 275, 3.
 43.1.1.1. — 286, 2.
 43.4.1.5. — 269, 3; 284, 5.
 43.4.1.8. — 269, 3.
 43.5.3.11. — 241.
 43.5.3.12. — 241.
 43.5.3.13. — 241.
 43.5.3.14. — 241; 242, 2.
 43.5.3.15. — 242, 2.
 43.24.7.4. — 31, 1.
 44.1.2.4. — 6, 1; 52; 56; 336;
 337.
 44.1.7.pr. — 54, 1.
 44.1.22.pr. — 57, 1.
 44.2.7.5. — 308, 1.
 44.4.15. — 240, 2.
 44.4.9. — 55, 3.
 44.7.31.2. — 293, 3.
 44.7.34.2. — 22, 3.
 44.7.35.pr. — 271; 283, 3.
 44.7.37.1. — 286, 2.
 45.1.75.1. — 25, 6.
 45.1.75.2. — 25, 6.
 45.1.99.pr. — 64, 2.
 45.1.122.1. — 198, 3.
 45.1.134.13. — 198, 3.
 45.1.140.pr. — 198, 3.
 46.1.10.1. — 4; 6; 14, 2.
 46.1.10.2. — 14, 2.
 46.1.18. — 64, 2.
 46.2.33. — 54, 1.
 46.3.7. — 3, 1; 22, 3; 59; 302.
 46.3.71.1. — 64, 2.
 47.2.1.2. — 162.
 47.2.42.1. — 195, 1.
 47.2.48.pr. — 272, 2.
 47.2.52.7. — 339, 1.
 47.2.67.2. — 339, 2.
 47.2.68.pr. — 162; 329.
 47.6.5. — 105, 1; 195, 1.
 47.7.1. — 105, 1.
 47.7.2. — 105, 1.
 47.7.5.pr. — 105, 1.
 47.8.2.20. — 116, 1.
 47.8.2.26. — 306, 3.
 47.8.2.27. — 306, 3.
 47.9.4.2. — 267, 2.
 47.9.9. — 224, 2.
 47.10.7.1. — 293, 3.
 47.15.1.1. — 225, 3.
 47.15.6. — 225, 3.
 47.21.3. pr. — 34.
 48.14.1.2. — 242, 2.
 48.16.7.1. — 80, 1.
 49.1.11. — 257, 1.
 49.1.19. — 50.
 49.8.1.pr. — 50, 5; 51 et n. 1.
 49.8.1.3. — 63, 3.
 49.8.1.4. — 55, 3.
 49.8.2.pr. — 232, 4.
 49.8.2.1. — 232, 4.
 49.15.15. — 66.
 49.15.19.9. — 66.
 50.3.20.4. — 3, 1.
 50.16.7. — 73.
 50.16.131. — 282, 1 et 2.
 50.16.224. — 282, 1.
 50.17.38. — 275, 3.
 50.17.43.pr. — 16, 2; 19; 31.
 50.17.47. — 242, 2.
 50.16.111.1. — 272, 1.

ECLOGA AD PROCH. MUTATA.

13.6. — 169.

EGLOGA PRIUATA AUCTA.

12.1. — 167.

EPANAGOGUE AUCTA.

24.14. — 168.

EPITOME DE GAIUS.

2.8.8. — 153.

GAIUS D'AUTUN.

4.110. — 168.

INSTITUTIONES DE GAIUS.

2.50. — 333, 2.
 2.201. — 27, 3; 102, 3.
 2.209. — 136, 2.
 2.282. — 146.
 2.283. — 230, 3; 246; 232, 1.
 3.109. — 38.
 3.119. — 221, 2.
 3.121. — 38; 75, 1.
 3.124. — 145; 148.
 3.127. — 64; 72; 74.
 3.173. — 139; 140; 217; 221; 241.
 3.174. — 139; 140; 217; 241.
 3.175. — 40; 138, 2 et 3; 139; 141; 144; 147; 148; 152, 1; 220; 256, 3; 320, 3.
 3.182. — 285.
 3.202. — 335, 1.
 3.208. — 333, 2.
 3.209. — 285.
 3.211. — 269, 4; 292, 2.
 3.213. — 293, 3.
 3.214. — 269; 293, 3.
 3.215. — 87; 225, 3.
 3.216. — 87, 1.
 3.217. — 282, 2.
 3.218. — 130; 87.
 3.224. — 80, 1.
 4.6. — 7, 3; 271; 277.
 4.7. — 7, 3; 277; 297.
 4.8. — 7, 3; 277; 285; 290; 297; 303; 304; 307.
 4.9. — 7; 10; 11; 24, 3; 25, 1; 60; 64; 72; 76; 86, 1; 138; 144; 147; 156; 159; 201; 272; 277; 283, 2; 285; 290; 293, 3; 307; 330; 342.
 4.21. — 51 et n. 2; 100; 164; 320, 3.

4.22. — 39; 71; 74; 75, 1; 76.
 4.23. — 37, 1.
 4.24. — 36.
 4.25. — 46, 2; 64; 78.
 4.37. — 335, 1.
 4.48. — 320, 3.
 4.51. — 80, 1.
 4.76. — 295, 7.
 4.102. — 64; 79 et n. 1.
 4.108. — 238.
 4.109. — 76 et n. 2.
 4.112. — 272, 1.
 4.121. — 52, 1; 57, 2; 90, 2; 91, 1.
 4.122. — 52, 1; 90, 2.
 4.171. — 3, 1; 8; 22, 3; 64; 72; 76; 77; 86, 1; 159; 296.
 4.172. — 6; 325; 341.
 4.173. — 11; 22, 3; 109, 2; 124.
 4.186. — 64; 79; 82.

INSTITUTIONES DE JUSTINIEN.

2.20.25. — 230, 3; 251, 2.
 3.27.7. — 10; 138; 155; 230, 1; 230, 3; 231; 236, 1; 240; 243; 255; 311, 2.
 4.1.pr. — 269, 4.
 4.2.pr. — 9, 1; 306, 2.
 4.2.15. — 130.
 4.3.9. — 9.
 4.3.16.
 4.6.16. — 8.
 4.6.17. — 160; 161, 1; 165.
 4.6.19. — 8; 60; 86, 1; 156; 160, 1; 291, 1; 293, 3; 306, 2; 213.
 4.6.20. — 286, 2.
 4.6.23. — 9, 1; 12; 86, 1; 156.
 4.6.24. — 272, 2.
 4.6.26. — 9, 1; 12; 22, 3; 86, 1; 124; 156; 161; 161, 2; 163; 164, 1; 165; 167; 174.
 4.8.28. — 315, 2.
 4.15.7. — 286, 2.
 4.16.pr. — 8, 1.
 4.16.1. — 3, 1; 11, 1; 15, 5; 109, 2; 156; 311, 2.

LEX MAMILIA.

4.5. — 321.

LITTERAE SINGULARES (Val. Prob.).

A. L. A. — 100.
 Q. N. Q. A. N. Q. N. — 26 et n. 5.

LOI DES BURGONDES (lib. const.).

19.5. — 64; 69.
19.8. — 64; 70.

INTERPRETATIO.

Sous Sent. 1.5 a. — 218, 2.
Sous Sent. 1.19.1. — 63; 110.
id. 2.31.23. — 121.

LOI ROMAINE DES BURGONDES.

14.8. — 64; 69; 70; 86, 1.
14.8 29. — 86, 1; 110.

PARAPHRASE DU PS. THEOPHILE

3.27.7. — 144, 2.
4.6.17. — 168.

LOI DES DOUZE TABLES.

VII.8 b. — 224, 3.
VIII.2. — 195.
VIII.3. — 131.
VIII.10. — 224, 3.
VIII.14. — 224, 3.

III. TEXTES NON JURIDIQUES

AMM. MARCELLIN

15.7.5 67.2

CASSIODORE

NOVELLES DE JUSTINIEN.

17.3. — 60, 1.
18.5. — 129, 1.
18.8. — 9, 2; 14, 2; 18; 19; 31; 86,
1; 110; 111; 126; 189; 324,
18.10. — 14, 2.
66.1.2. — 188, 4.
131.12. — 74, 1.

In Psalm.

77.35 329.2

CICERON

Ad Atticum

1.8 67.3
18.4 67.2

RÈGLES DITES D'ULPIEN.

24.5. — 136, 2.
24.33. — 246.

Ad M. Brutum

34 225.3
131 100.4

SENTENCES DITES DE PAUL.

1.1.3. — 199, 2.
1.1.5 a. — 193, 1; 197; 210.
1.1.6. — 204.
1.13.6. — 269, 4.
1.19.1. — 11 et n. 2; 35; 86, 1;
153, 1; 159; 163; 176 et n. 1;
179.
1.19.2. — 11 et n. 2; 104, 2;
193; 198; 203; 210; 221; 223;
228; 253.
2.17.1. — 188.
2.17.3. — 182; 188;
2.17.4. — 27, 1; 175, 2; 176; 177.
2.31.23. — 121.
3.6.92. — 230, 3; 249; 252; 253.
5.5a. 5. — 57.
5.5a.7. — 62.
5.5a.8. — 62.
5.12.6. — 237, 1.
5.16. — 80, 1.

Ad familiares

13.23.1 67.2

De inuentione

1.83 237.1

De legibus

2.20 220.2
2.21 220.2

De natura deorum

3.30.74 335.1

De officiis

3.16.65, — 23; 35; 45; 142; 142.3;
171; 176.1; 179; 184; 185.
3.17.70 171.3
3.19 332.1

De oratore		Topica	
1.37	331.1		
1.57	142.3	24	5
		25.93	5.1
De re publica		FESTUS	
2.35.60	132		
		de uerb. sign.	
In L. Catilinam		u ^o aestimata poena	132
		u ^o infiteri	326
2.21	326.3	u ^o infitiari	326
		u nuncupata	24.2
In C. Verrem		u ^o ouibus	132
		u ^o talio	131
2.4.47	6.		
Partitiones oratoriae		FRONTIN	
		de controu. agrorum	
28.102	4.6		
		(<i>Gromatici ueteres</i> , éd. Blume, Lachmann et Rudorff, I, p. 45, 20). — 175.1.	
Pro A. Caecina			
23	142.3		
Pro A. Cluentio		AULU GELLE	
		Noctae attices	
41.115	92.2		
59.167	327	2.18.8	224.3
		4.4	67.3
Pro L. Flacco		6.3.37	319.2
		11.18.13	339.2
20	179.1	11.18.20	339.3
21	49.2; 51.1	14.2.7	332.1
48	327	20.1.37	82.3
		20.1.38	23.1; 82.3; 96
Pro P. Quinctio		20.1.46	82.3; 196
		20.1.47	196
16.53	68		
75	327		
Pro Q. Roscio comoedo		HYGIN	
		de generibus controu.	
		(<i>Gromatici ueteres</i> , I, p. 132, II, 23), 175.1.	
6	222		
11.32	167.2		
32.36	195.1		
Pro Sex. Roscio Amerino		ISIDORE (Saint)	
		<i>Etym. siue origin. lib.</i> (éd. Lindsay)	
114	195.1	lib. V.26.	4.6.
		X.149	331
Pro M. Tullio		XV.2	129.1
JUVENAL			
7	80.1; 303.2		
9	129.1		
41	90.3	13.60	163

TITE LIVE ab urbe condita		Ps. QUINT	
1.24.7	218	Declamationes CCXLV	162; 173.1
3.11	128.1		
4.30	132	SÉNÈQUE	
6.14.5	217.2		
6.40.4	4.6.	De beneficiis	
		2.21.2	66
LUCILIUS		2.23.1	328.1
		2.23.2	328.1
Sat XI (22)	195.3	3.13.1	328.1
		3.14.2	329.3
MACROBE		3.15.1	328.1; 329.3
		3.17.4	327
Saturn. 1.4.19	90.1	6.23.8	328.1
		7.16.2	328.1
MARTIAL		27.3	328.1
Epigr. 9	331.1	35.5	328.1
		De ira	
NONIUS MARCELLUS		2.9	178.1
De compendiosa doctrina		9.4	88; 328.3
276,23	195		
		SULPICIUS SEVERUS	
C. PLINE L'ANCIEN		Vit sanct. Mart. praefat. § 5	196.1
Hist. Nat.			
18.3.12	105.1	VALERIUS MAXIMUS	
		7.2.4	332.1
PRUDENCE			
Psychomachia		VARRON	
630	12; 178.1	De lingua latina	
QUINTILIEN		V.9	142.3
Inst. orat.		V.180	4.6; 106.1
3.6.31	5.2	VI.71	67.3
7.2	331.1		
7.3.9	4.6	De re rustica	
		3.2.1	67.2 (1)

1. Quelques textes non juridiques, d'une importance secondaire, n'ont pas été compris dans cette table.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

L'actio iudicati.....	45
L'actio depensi.....	64
Caractères communs de l'actio iudicati et de l'actio depensi.....	78
L'infitiatio dans la loi Aquila	84
L'infitiatio dans l'action du legs per damnationem	135
L'infitiatio dans l'actio depositi miserabilis	159
L'actio de modo agri.....	175
L'actio auctoritatis et l'actio redhibitoria, les derniers cas de litis- croissance	181

DEUXIEME PARTIE

La règle : « ex his causis, quae infitiatio duplantur, pacto decidi non potest ».	193
La règle : « ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse.....	230

TROISIEME PARTIE

Les actions par lesquelles on poursuivait la « res » et la « poena »	263
--	-----

QUATRIEME PARTIE

CONCLUSIONS	319
ADDENDA	343
ABRÉVIATIONS	345
TABLE DES TEXTES CITÉS OU ÉTUDIÉS	347

